Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat **Dr. Julius Magnus**, Berlin Rechtsanwalt **Dr. Heinrich Dittenberger**, Leipzig

unter Mitwirkung von

Geh. Justizrat **Dr. Eugen Fuchs**, Berlin und Rechtsanwalt **Dr. Max Hachenburg**, Mannheim.

Aller Verkehr mit der Schriftleitung (Handschriftsendungen usw.) an J.-R. Dr. Magnus, Berlin NW 7, Dorotheenstr. 41 zu richten. Alle Zuschriften in Angelegenheiten des Deutschen Anwaltvereins, insbesondere für den Vorstand und die Geschäftsleitung bestimmte Mitteilungen, sind nicht an die Schriftleitung der Juristischen Wochenschrift, sondern nur an den **Deutschen Anwaltverein in Leipzig, Schreberstr. 3,** zu richten. Alle Anzeigenaufträge und -Anfragen nur an den Verlag.

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung, Leipzig,** Dresdner Straße 11/13.

Inhaber: Oscar Brandstetter.

Fernsprecher Nr. 14401—3 / Telegramm-Adresse: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Preis für das Vierteljahr Ausgabe A M. 75.—, Ausgabe B M. 50.—, bei Einzelheften jeder Bogen M. 1.50. Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Vereinsnachrichten.

XXIII. Deutscher Anwaltstag.

Der XXIII. Deutsche Anwaltstag wird auf **Dienstag, den 12. September, 9 Uhr vormittags** und **Mittwoch, den 13. September, 9 Uhr vormittags** nach **Hamburg**, Saal des Curio-Hauses, Rothenbaum-Chaussee; einberufen.

<u>Tagesordnung:</u>

1. Mitteilungen des Vorstandes; Bericht des Geschäftsleiters.
2. Die Möglichkeiten anwaltlicher Berufsarbeit außerhalb des Gebietes prozessualer Tätigkeit.

   Gutachter: Justizrat Dr. Hillig, Leipzig.
   Berichterstatter: Rechtsanwalt Dr. Robinow, Hamburg
   Rechtsanwalt Dr. Hawlitzky, Forst
   Rechtsanwalt Dr. Kiefe I, Stuttgart.

3. Die Geldentwertung als Gesetzgebungsproblem des Privatrechts.

   Berichterstatter: Geh. Justizrat Dr. Junck, Leipzig
   Rechtsanwalt Professor Dr. Geiler, Mannheim
   Rechtsanwalt Hermann Weck, Charlottenburg.

4. Wahl von neun Vorstandsmitgliedern (§ 9 Absatz 2 der Satzungen des Deutschen Anwaltvereins).

   Es scheiden aus: Justizrat Dr. Drucker, Leipzig, Geh. Justizrat Dr. Eugen Fuchs, Berlin, Justizrat Dr. Geiershöfer, Nürnberg, Rechtsanwalt Dr. Hachenburg, Mannheim, Rechtsanwalt Dr. Hahnemann, Leipzig, Geh. Justizrat Dr. Heilberg, Breslau, Justizrat Kurlbaum, Leipzig, Rechtsanwalt Dr. Robinow, Hamburg, Rechtsanwalt Schenck, Hagen.

Der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins.

Leipzig, den 15. Mai 1922.

Kurlbaum, Justizrat, Vorsitzender.

Üblich und BGB.

Vom Vizepräsidenten des Preußischen Oberverwaltungsgerichts a. D. Wirklichen Geheimen Oberregierungsrat Dr. Schultzenstein (†), Berlin.

I. Das Wort „üblich" kommt im BGB. an fünf Stellen vor.

1. Nach dem § 612 Abs. 2 ist, wenn durch den Dienstvertrag die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

2. Das gleiche schreibt der § 632 Abs. 2 für den Werkvertrag vor.

3. Ebenso ist in dem § 653 Abs. 2 für den Mäklerlohn der übliche Lohn als Vergütung für maßgebend erklärt.

4. Gemäß § 1356 Abs. 2 ist die Frau zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist.

5. Nach § 1578 Abs. 1 hat der bei einer Scheidung der Ehe allein für schuldig erklärte Mann der geschiedenen Frau den standesmäßigen Unterhalt insoweit zu gewähren, als sie ihn nicht aus den Einkünften ihres Vermögens und, sofern nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist, aus dem Ertrag ihrer Arbeit bestreiten kann.

Der Gebrauch des nämlichen Wortes legt die Annahme nahe, daß dieses überall dieselbe Bedeutung habe. Bei den ersten drei Fällen, aber auch nur bei ihnen, spricht hierfür noch, daß ihre Sach- und Rechtslage im allgemeinen eine übereinstimmende ist. Dagegen weichen der vierte und der fünfte Fall, wennschon sie unter sich zwar keine gleichgroße Übereinstimmung, aber doch immerhin noch eine gewisse Ähnlichkeit haben, von jenen drei Fällen erheblich ab. Das steht der Annahme einer und derselben Bedeutung entgegen. Es bedarf hiernach einer näheren, bisher nicht unternommenen Untersuchung, welche Bedeutung an und für sich gilt, und ob diese Bedeutung für alle fünf Fälle gelten kann, wenn aber dies abzulehnen ist, ob sie nicht wenigstens in den ersten drei Fällen gleichmäßig und in den beiden übrigen wiederum gleichmäßig gelten kann.

II. Außer dem „üblich" an den fünf aufgeführten Stellen spricht das BGB. im § 919 Abs. 2 noch von der Ortsüblichkeit[1]). Diese Ortsüblichkeit ist eine Art der Üblichkeit überhaupt. Denn die Einschränkung auf den Ort ist nur eine lediglich räumliche, keine sachliche. Die Üblichkeit selbst bleibt dagegen hiervon vollständig unberührt. Auf der anderen Seite sind die gesamten Verhältnisse, um die es sich im § 919 und insbesondere bei dessen Abs. 2 handelt, so eigenartig, daß es nicht zulässig ist, die Bedeutung, welche in ihm die Ortsüblichkeit hat, für andere ganz verschieden geartete Fälle zu verwerten. Umgekehrt läßt sich auch das, was für die §§ 612 Abs. 2 usw. ermittelt werden wird, für den § 919 Abs. 2 nicht benutzen, wie es denn deshalb seinerzeit auch nicht benutzt worden ist.

III. Bereits lange vor dem BGB. hat sich die Rechtssprache der Worte „üblich" und „Üblichkeit" allein oder in der Zusammensetzung mit dem Orte bedient und bedient sich ihrer weiter. Beispiele für das Ortsübliche sind bereits a. a. O. gegeben worden. Es kommen ferner vor „landüblich" (preuß. Gesindeordnung v. 8. Nov. 1810 § 44), „landesüblich" (preuß. Feld- und Forstpolizeigesetz v. 1. April 1880 § 14 Abs. 3, § 15 Nr. 2), „betriebsüblich" (Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911 § 567), „gemeinüblich" (z. B. preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913 § 379 Abs. 4) und anderes. Für das übliche allein seien wenigstens einige Beispiele genannt.

1. Die preuß. Gesindeordnung v. 8. Nov. 1810 spricht im § 43 von der in der Gegend üblichen Gewohnheit und im § 112 von üblichen Kündigungsfristen.

2. Zufolge des § 354 Abs. 1 HGB. können auch ohne Verabredung Provision und Lagergeld nach den an dem Orte üblichen Sätzen gefordert werden.

3. Im § 10 Abs. 2 des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes und im § 9 Abs. 2 des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft je v. 30. Juni 1900 ist von der üblichen Betriebsweise die Rede.

4. Das preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913 rechnet im § 25 Abs. 3 und im § 199 Abs. 3 mit einem üblichen Gemeingebrauche.

Außer in Gesetzen und im sonstigen objektiven Rechte kann auch in Verträgen, letztwilligen Verfügungen u. dgl. das Wort „üblich" benutzt werden und wird es öfter benutzt.

IV. Hinsichtlich der Verwendung des Wortes „üblich" ist gesagt worden, der Gesetzgeber brauche nicht unbedingt seine eigenen Gedanken durchsetzen zu wollen; er könne auf andere Gedankeninhalte unbesehen verweisen[2]). Hierbei ist das Zeitwort „verweisen" nicht in dem Sinne von „einen Vorwurf machen", aber auch nicht in dem „aus dem Lande verweisen", „an den Richter verweisen" u. dgl., sondern ganz allgemein in dem von „auf etwas anderes hinweisen, dieses in Bezug nehmen" gebraucht. Der Gesetzgeber macht sich, ohne selbst einen eigenen Gedanken zu fassen und ihm Ausdruck zu geben, seine Aufgabe leicht, indem er das, was eigentlich seine Sache war, der Anwendung durch die hierzu Berufenen überläßt, bei der nun erst zu ermitteln ist, was „üblich" bedeuten soll[3]). Das, was den letzteren noch zu ermitteln bleibt, ehe sie das Gesetz anwenden können, ist nichts Rechtliches, sondern etwas Tatsächliches. Es ist daher dem Angriffe durch die Revision entzogen, es müßte denn der Begriff des üblichen verkannt oder bei dessen Ermittelung in einer Weise gefehlt worden sein, die einen Revisionsgrund abgibt. Sich mit dem üblichen und dem Hinweise darauf zu begnügen, war um so mehr nicht ohne Bedenken, als das übliche sehr unbestimmt ist und seine Ermittelung in der Regel viele Schwierigkeiten macht.

Was im vorstehenden für Gesetze und sonstiges objektives Recht ausgeführt worden ist, muß aber nicht nur hierfür, sondern entsprechend auch gelten, wo in Verträgen, letztwilligen Verfügungen usw. von dem üblichen schlechthin gesprochen wird. Hier haben die Beteiligten, statt wie es ihnen oblag, gleich selbst vollständig kundzugeben, was sie gewollt haben, es bei dem Hinweis auf das noch ungewisse „üblich" genug sein lassen.

V. 1. Das Eigenschaftswort „üblich" ist von dem Zeitwort „üben" und dem Hauptwort „Übung" hergeleitet, welche beiden unter sich gleiche, im übrigen aber verschiedene Bedeutungen haben. Von diesen verschiedenen Bedeutungen scheiden die sonstigen aus, wie die in den Wendungen: „eine Tätigkeit üben", um darin eine Fertigkeit zu erlangen, „Gerechtigkeit, schnelle Justiz, Rache üben", „ein geübter Schwimmer" usw. Bloß das bleibt, was von den meisten oder doch von vielen geschieht, angewendet oder wiederholt wird. Ausnahmslosigkeit ist dabei nicht erforderlich; nur dürfen die Ausnahmen nicht das Vorhandensein einer erheblich überwiegenden Regelmäßigkeit und Allgemeinheit ausschließen[4]). Es entscheidet daher das, was in solchem Umfange geübt wird, in Übung ist. Daß eine Berücksichtigung des üblichen von der Bestimmung nach billigem Ermessen (§§ 315, 317 ff. BGB.) und Ähnlichem durchaus verschieden ist, bedarf nur der Erwähnung. Dasselbe trifft ferner noch z. B. für das im BGB. nicht selten (§§ 30, 252, 459 Abs. 1 usw.) gebrauchte Wort „gewöhnlich" zu.

2. Im § 612 Abs. 2 ist keinerlei Einschränkung gemacht. Sie darf deshalb auch nicht gemacht werden; sonst würde in das Gesetz etwas hineingetragen, was in ihm keinen Ausdruck gefunden hat, und deshalb vom Gesetze nicht gewollt worden ist. Unstatthaft ist es somit insbesondere, sich bloß auf Ortsübliches, Land- oder Landesübliches, Gemeinübliches u. dgl. oder innerhalb anderer mehr oder weniger örtlicher Grenzen Haltendes zu beschränken. Ebensowenig dürfen hinsichtlich der Personenkreise, von denen die Anwendung oder Wiederholung ausgeht, oder unter denen sie geschieht, Beschränkungen gemacht werden. Denn auch davon ist im § 612 Abs. 2 keine Rede. Nur das eine ist in ihm und somit für ihn gegeben, daß man es mit einem Dienstvertrag und einer Vergütung bei einem Dienstvertrage zu tun hat. Es ist daher lediglich danach zu fragen, was für einen Dienstvertrag als Vergütung üblich ist, nicht als eine andere Vergütung etwa für eine gekaufte oder eine gemietete Sache.

Der Dienstvertrag hat sehr viele Arten, je nach den Personen, von denen und den Diensten, über die er geschlossen

---

[1]) Siehe hierüber JW. 51, 71 ff.

[2]) Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung 170, 171.

[3]) JW. a. a. O. 73.

[4]) JW. a. a. O. 72.

worden ist. Es wird demnach nicht nur berechtigt, sondern notwendig sein, noch einen Schritt weiter zu gehen und nicht allein festzustellen, was für einen Dienstvertrag überhaupt, sondern was für einen Dienstvertrag von der Art, welcher geschlossen worden ist, und um welchen es sich in dem einzelnen Falle handelt, üblich ist. Denn *einen* Dienstvertrag, also einen nur rein begrifflich gedachten oder allgemeinen, durchschnittlichen Dienstvertrag gibt es nicht, und es ist deshalb anzunehmen, daß der Gesetzgeber nicht einen solchen, sondern den wirklich vorliegenden Dienstvertrag und die Vergütung für ihn berücksichtigt wissen will. Maßgebend ist daher, was hierfür als Vergütung üblich ist. Auch dies zu ermitteln, ist nicht leicht, aber doch wesentlich leichter, als zu ermitteln, welche Vergütung für einen an und für sich gedachten Dienstvertrag etwa üblich sein könnte oder in Übung sein möchte.

Wenn angenommen worden ist[5]), die in Ermangelung einer Taxe maßgebende übliche Vergütung bestimme sich nach den Ortsgebräuchen unter Berücksichtigung der sozialen Stellung der Beteiligten, so läßt sich dem in solcher Allgemeinheit nicht beitreten. Wollte man dies, so hätte es sehr nahegelegen, es im Gesetz auszusprechen und sich nicht mit dem Üblichen schlechthin zu begnügen. Daß einzelne bei der Fassung des § 612 Beteiligte an derartiges gedacht haben mögen, ist unerheblich. Es fehlt eben an jedem hierfür erforderlichen Ausdruck im Gesetze selbst, wie an einem unmittelbaren, so auch an einem mittelbaren. Außerdem ist einzuwenden, daß die Ortsgebräuche verschieden sein können, auch oft verschieden sind, und es dann unklar bleibt, welche von ihnen in Betracht kommen sollen, wenn die Vertragschließenden nicht an demselben Orte wohnen oder sich aufhalten, oder wenn der Vertrag an verschiedenen Orten geschlossen oder zu erfüllen ist. Die soziale Stellung der Beteiligten ferner, also die des Dienstleistenden und des Dienstberechtigten, werden meist sehr voneinander abweichen. Wessen soziale Stellung soll dann allein oder doch in erster Linie zu berücksichtigen sein? Die Ortsgebräuche und die soziale Stellung lassen sich lediglich in dem vorhin bezeichneten Rahmen des Üblichen heranziehen und sind insoweit dafür nicht bestimmend, sondern nur unterstützend, aber in dieser engen Schranke wie alles, woraus für das Übliche etwas zu entnehmen ist, auch zu benutzen.

Wie das Übliche zu ermitteln und wer dafür den Beweis hat, sind Fragen, die mit dem Üblichen selbst nichts mehr zu schaffen haben, und die deshalb hier unbeantwortet zu lassen sind.

3. Das Vorstehende trifft auch für den § 632 Abs. 2 zu, nur tritt selbstverständlich an die Stelle des Dienstvertrags der Werkvertrag. Es ist namentlich auch hier das „üblich" nicht näher begrenzt. Ferner hat ebenfalls der Werkvertrag sehr verschiedene Arten. Somit ist mit derjenigen besonderen Art desselben, die tatsächlich zustande gekommen ist, und der üblichen Vergütung für sie zu rechnen.

Für den § 632 ist bemerkt worden, der Satz entspreche dem § 612 und ist auf die Bemerkung zu dem § 612 über die übliche Vergütung Bezug genommen[6]). Das erstere ist selbstverständlich durchaus zutreffend. Hinsichtlich der in Bezug genommenen Bemerkung greift das über sie vorhin in der Nr. 2 Ausgeführte Platz.

4. Übereinstimmend mit dem Falle des § 632 Abs. 2 verhält es sich auch in dem des § 653 Abs. 2. Daß in dem vorhergehenden Abs. 1 statt wie im § 612 und im § 632 von einem Dienstvertrag und von einem Werkvertrage von dem Mäklerlohne die Rede ist, bringt gleichbedeutend zum Ausdruck, daß es sich um einen Mäklervertrag handelt, und macht keinen Unterschied. Im übrigen fehlt es wiederum an einer näheren Bestimmung des Üblichen, und gibt es verschiedene Arten des Mäklervertrags, wenngleich nicht so viele wie bei dem Dienst- und dem Werkvertrage, so doch noch immer zahlreiche.

Da auch hier wieder auf die Regeln bei dem Dienst- und dem Werkvertrag und auf die Bemerkungen zum § 612 hingewiesen worden ist[7]), so sei auf das, was insoweit vorhin unter Nr. 2 und 3 gesagt war, verwiesen.

[5]) Z. B. von Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Aufl., 677 Bem. 2b zu § 612.
[6]) Oertmann a. a. O. 718.
[7]) Oertmann a. a. O. 766.

VI. 1. Bei dem § 1356 Abs. 2 konnte natürlich nicht von einem Vertrage gesprochen werden. Dagegen hat in ihm das „üblich" eine nähere, es eng begrenzende Einschränkung dadurch erhalten, daß für die Tätigkeit der Frau die Verhältnisse, in denen die Ehegatten leben, bestimmend sein sollen. Denn hiermit ist angeordnet, daß ausschließlich das in diesen Verhältnissen Übliche in Betracht kommt. Infolgedessen scheidet alles andere Übliche aus, also einerseits jedes in dem Umfange wie das Gemeinübliche und das Land- oder Landesübliche, andererseits auch jedes in engerem Umfange wie das Ortsübliche. Das einzige und deshalb allein zu ermittelnde Übliche ist etwas ganz Besonderes, Einzelnes, bei dem es auf die Gegenwart („leben"), auf den Ort, wo das gemeinschaftliche Hauswesen und das Geschäft des Mannes sich abspielen, und auf die Art ankommt, wie die Ehe nach den gesamten Verhältnissen der Ehegatten, ihren Eigenschaften, ihrer sozialen Stellung, ihrer wirtschaftlichen Lage usw. tatsächlich sich nicht hätte gestalten können oder sollen, sondern gestaltet hat[8]). Das muß zunächst nach Möglichkeit festgestellt werden, und sodann ist zu ermitteln und zu beurteilen, was für dieses Eigenartige das Übliche unter Beschränkung auf die betreffende Art ist; denn nicht bloß von dem Ortsüblichen, dem Landüblichen oder dgl. spricht das Gesetz, sondern von dem Üblichen schlechthin. Zu dem so Üblichen zu gelangen, ist ebenfalls nicht leicht, aber doch immer noch wesentlich leichter, als zu dem unbegrenzten Üblichen, wie es beim Dienstvertrag usw. geschehen muß.

2. Nach dem § 1578 Abs. 1 sind entscheidend die Verhältnisse, in denen die Ehegatten gelebt haben, d. i. zur Zeit der Scheidung gelebt haben, nicht die, in denen sie leben oder einer von ihnen lebt. Ebensowenig kommt es auf das an, was während des Bestehens der Ehe tatsächlich gewesen ist oder nicht gewesen ist, namentlich die Frau getan oder nicht getan hat[9]). Vielmehr ist von den Verhältnissen zur Zeit der Scheidung auszugehen und von diesem Standpunkt aus wieder zu prüfen, was üblich, d. i. ohne jede Beschränkung üblich ist. Von diesem Vergangenheitsstandpunkt aus kann die Ermittlung des maßgebenden Üblichen schwieriger, unter Umständen jedoch auch leichter sein, als von dem Gegenwartsstandpunkte des § 1356 aus. Sonst aber findet das für den § 1356 Abs. 2 Gesagte ganz ebenso Anwendung[10]).

VII. Wenn in einem Vertrag, einer letztwilligen Verfügung usw. das Wort „üblich" angewendet wird, so ist das, was gegenüber dem Gesetze mit seinem klaren allgemeinen Wortlaut in den §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 und 653 Abs. 2 ausgeschlossen ist, nämlich das „üblich" einzuschränken, bei der Auslegung, die für einen Vertrag usw. stattfinden kann, nicht gleich unbedingt ausgeschlossen. Nach den hier zur Verfügung stehenden Auslegungsmitteln ist es wohl möglich, daß, auch wenn die Anwendung ebenso allgemein und ohne jede nähere Begrenzung stattgefunden hat, doch etwas anderes gewollt worden und anzunehmen ist. Dieses Andere kann etwas Weiteres oder Engeres sein und ist dann maßgebend.

VIII. Das Ergebnis der vorgenommenen Untersuchung, aus der sich auch für die darin nicht besprochenen Fälle manches verwerten läßt, ist schwerlich befriedigend.

Soweit indessen Verträge und andere derartige Willenserklärungen in Frage stehen, ist hieran nichts zu ändern. Der Gebrauch des „üblich" in ihnen ist weder zu verbieten, noch sind ihm gewisse Schranken zu stecken. Er muß hingenommen werden, so unzulänglich er sein mag. Wie bei anderen Mängeln in solchen Willenserklärungen ist durch eine verständige Auslegung tunlichst nachzuhelfen.

Anlangend die Gesetze, so ist es bereits bei den Bestimmungen über die Pflicht der Frau zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes und über den Unterhalt der geschiedenen Frau immerhin ausführbar gewesen, durch etwas eingehendere Vorschriften der bestehenden Mangelhaftigkeit teilweise abzuhelfen. Vor allem aber hätte das bei den Bestimmungen für den Dienst-, den Werk- und den Mäklervertrag geschehen können und müssen, und man durfte sich nicht mit einem Hinweis auf das Übliche ganz allgemein begnügen.

[8]) Opet-von Blume, Das Familienrecht 99 Bem. 4a.
[9]) Opet-von Blume a. a. O. 417 Bem. 2b.
[10]) Die Entscheidung in RG. 62, 294, welche die für die Frage der Üblichkeit im § 1578 Abs. 1 sowie im § 1356 Abs. 2 maßgebenden Gesichtspunkte betrifft, ergibt dafür, was unter dem Üblichen selbst zu verstehen ist, nichts Wesentliches.

Dieser Hinweis schien sehr leicht und einfach zu sein, und auch bei der Anwendung leicht und einfach zu bleiben. Das wirkliche Leben dagegen gestaltet sich bei den einzelnen Fällen ganz anders. Hier entstehen große Schwierigkeiten, die von den Beteiligten schwer empfunden werden, allgemein aber bisher noch zu wenig erkannt und gewürdigt worden sind.

Die Zuschläge des Reichsmietengesetzes in ihrer Einwirkung auf das bürgerliche Recht und das Vollstreckungsrecht.

Von Justizrat Stillschweig, Berlin.

I. Einleitung.

Der Mietsertrag des Hauses dient wirtschaftlich der Bestreitung der Hausunkosten im weitesten Sinne, namentlich auch zur Deckung der Hypothekenzinsen. Es stand aber nach bisherigem Recht dem Eigentümer, wenigstens grundsätzlich, frei, die eingezogenen Mietzinsbeträge sowie noch ausstehende Mietzinsforderungen ihrer wirtschaftlichen Bestimmung zu entziehen. Er ist nach dem Recht des BGB. nicht verhindert, die Miete für längere Zeit vorauszuerheben oder über sie für Jahre hinaus zu verfügen; nur bei gewissen Ereignissen oder Rechtshandlungen tritt eine Beschränkung der Wirkung der Verfügung auf eine gewisse Zeit ein. Das RMietG. hat diesen Zustand geändert, indem es für gewisse Teile des Mietzinses deren wirtschaftliche Zweckbestimmung hervorhebt und insoweit eine juristische Verwendungspflicht einführt. Die zivilrechtlichen Wirkungen, die infolge dieses besonderen Charakters eines Teiles der Mietzinsen, der Zuschläge zur Grundmiete, eintreten, sind aber im Gesetz so gut wie gar nicht geregelt. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, namentlich die des BGB. und des ZwVerstG., passen vielfach auf diese Zuschläge nicht, und der Versuch einer Einordnung begegnet erheblichen Schwierigkeiten. Inwieweit durch die in Aussicht stehenden Ausführungsbestimmungen des Reichs und der Länder eine Regelung erfolgen wird, bleibt abzuwarten; in einzelnen Fällen wird die etwaige gesetzliche Regelung nicht im Rahmen von Ausführungsvorschriften (§ 21 RMietG.) möglich sein, sondern nur in der normalen Weise. Die Praxis kann aber nicht warten. Zweifel, die sicherlich alsbald nach Inkrafttreten des Gesetzes auftreten werden, müssen von der Praxis gelöst werden; ihre Aufgabe besteht hier wesentlich in der Fortentwicklung des Rechts. In diesem Sinne wollen die nachstehenden Ausführungen verstanden werden.

Die Darstellung wird zu berücksichtigen haben, daß das RMietG. an die Hervorhebung der einzelnen Zweckbestimmungen durchaus nicht die gleichen Rechtsfolgen in Ansehung der juristischen Verwendungspflicht knüpft. Deswegen müssen zunächst die in Betracht kommenden Bestimmungen angedeutet werden.

Es kommen hauptsächlich zwei Gruppen von Zuschlägen in Betracht.

a) Die Zuschläge des § 3, nämlich für
   1. Die Steigerung der Hypothekenzinsen und die Kosten für die Erneuerung der Hypothek,
   2. die Betriebskosten,
   3. die Kosten für die laufenden Instandsetzungsarbeiten.

b) Die Zuschläge des § 7 für die großen Instandsetzungsarbeiten (d. h. der im § 5 beschriebenen, nicht zu den laufenden Instandsetzungsarbeiten gehörenden).

Weitere im Gesetz geregelte Zuschläge (Ausgleichsfonds, Abgabe zur Förderung des Wohnungsbaues, Zuschläge für gewerbliche Räume) bleiben für die Darstellung außer Betracht; zum Teil haben sie anderen Charakter, zum Teil treffen die nachstehenden Ausführungen auf sie zu.

II. Die Zuschläge des § 3, besonders die Instandsetzungszuschläge.

1. Den zu a aufgeführten Zuschlägen des § 3 ist gemeinschaftlich, daß sie einen Teil des dem Mieter für die Überlassung der Räume obliegenden Entgelts, einen Teil der „gesetzlichen Miete“ bilden. Sie werden in dem Abschnitt „Berechnung der gesetzlichen Miete“ (§§ 2—6) behandelt. Dagegen werden die Zuschläge für die großen Instandsetzungsarbeiten (§ 7), die nicht zur Instandsetzung der Wohnung, sondern der des Hauses dienen, nicht als Teil der gesetzlichen Miete behandelt. Sie finden sich nicht in dem Abschnitt „Berechnung der gesetzlichen Miete“, sondern in einem selbständigen Abschnitt, und auch sonst vermeidet das Gesetz sorgfältig, sie als Mietzins zu bezeichnen. Von den Zuschlägen des § 3 heißt es in § 6 Abs. 2 letzter Satz, daß in gewissen Fällen „insoweit der Anspruch des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses erlischt“, während die entsprechende, für die Zuschläge des § 7 gegebene Bestimmung bei sonst gleichem Wortlaut das Erlöschen des Anspruchs auf Zahlung des Zuschlages vorsieht, und im § 8 bei ähnlich liegendem Tatbestand das Erlöschen des Anspruchs auf Zahlung des Betrages. Es erscheint selbstverständlich, daß auch die Zuschläge des § 7, obwohl sie für die Instandsetzung des ganzen Hauses dienen, als Entgelt für die Überlassung der einzelnen Wohnräume, also als Mietzins zu betrachten sind, so gut wie dies für die Zuschläge des § 3 Nr. 1 und 2 gilt, die auch keine direkte Beziehung zur Wohnung haben. Das Gesetz hat aber offenbar geflissentlich hier den Ausdruck „Miete“ vermieden, und zwar wohl deswegen, weil die Zuschläge des § 7 eine rechtliche Behandlung erfahren haben, die mit den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Miete in wesentlichen Punkten nicht zu vereinbaren ist.

2. Aber auch die Zuschläge des § 3 sind unter sich nicht einheitlich geregelt, insofern nämlich das Gesetz eine sachgemäße Verwendung der Zuschläge lediglich für die laufenden Instandsetzungsarbeiten (§ 3 Nr. 3), nicht aber für die Zinssteigerungs- und Betriebskostenzuschläge (§ 3 Nr. 1 und 2) vorschreibt (§ 6), und demgemäß lediglich an die sachwidrige Verwendung der Instandsetzungszuschläge Rechtsfolgen knüpft. Solange aber für die Instandsetzungszuschläge eine unsachgemäße Verwendung nicht festgestellt ist, unterliegen sie der gleichen rechtlichen Behandlung wie die beiden anderen Zahlungsarten[1]). Das ist wohl zu beachten.

3. Für die Zuschläge des § 3 — für die Instandsetzungszuschläge unter der Voraussetzung, daß ihre sachwidrige Verwendung nicht festgestellt ist — gilt, daß sie vom Mieter an den Vermieter als ein Bestandteil des Mietzinses zugleich mit diesem bezahlt werden. Wie der Vermieter Herr der Mietzinsforderung ist, so ist er auch Herr der in ihr enthaltenen Forderung auf die Zuschläge sowie der eingegangenen Geldbeträge. Eine Pflicht zur abgesonderten Aufbewahrung oder Buchung besteht nicht. Seine Befugnis zur Verfügung über die Forderung und die eingezogenen Beträge unterliegt lediglich den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts. So wenig dies bei den Zuschlägen Nr. 1 und 2 bezweifelt werden kann, kann es — unter der gedachten Voraussetzung — für die Instandsetzungszuschläge bezweifelt werden. Die für diese im § 6 Abs. 1 vorgesehene Verwendungspflicht hat daher zunächst nur einen sozusagen obligatorischen Charakter; sie besteht freilich den Mietern gegenüber; die sachwidrige Verwendung ist zwar verboten und erzeugt gewisse Rechtswirkungen, sie ist aber wirksam. (Eine Unwirksamkeit kommt erst in Frage, wenn die im § 6 Abs. 2 bezeichnete Stelle eingegriffen hat; hierüber unten zu III.). Aus diesem Charakter der Zuschläge folgt auch, daß sie, als Teil des Mietzinses, der hypothekarischen Haftung unterliegen, daß sie vom Zwangsverwaltungsbeschlag betroffen werden, und daß sie in der Zwangsversteigerung der Regel des § 56 Satz 2 ZwVG. unterworfen sind, nach dem Nutzungen vom Zuschlage ab auf den Ersteher übergehen. Zu dieser grundsätzlichen Regelung ist aber, soweit die Instandsetzungszuschläge in Betracht kommen, für den Fall der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung noch einiges zu bemerken.

4. Es gehört zu den Amtspflichten des Zwangsverwalters (§ 152 ZwVG.), daß er die Instandsetzungszuschläge für die laufenden Instandsetzungsarbeiten sachgemäß verwendet. Im übrigen aber ist die Stellung des Zwangsverwalters zu den Zuschlägen eine wesentlich andere als die des Eigentümers. Dieser kann, wie dargelegt, über die den Instandsetzungszuschlag bildenden Teil der Mietzinsen frei verfügen, er kann

---

[1]) Daß bezüglich der Zinssteigerungszuschläge eine Bemessung nach Hundertsätzen im Gesetz nicht vorgeschrieben ist, hat für unsere Betrachtungen keine Bedeutung.

sie mit seinem Gelde vermischen und mit diesem zu irgendwelchen Zwecken verausgeben. Er muß nur einen der Höhe des Zuschlages entsprechenden Betrag der Zweckbestimmung entsprechend verwenden. Anders der Zwangsverwalter. Dieser hat keine weiteren Mittel zur Verfügung als die Grundstückseinkünfte; er muß daher von vornherein die Zuschläge, wenn ihre Zweckbestimmung nicht vereitelt werden soll, aus der Miete aussondern, sie besonders buchen und sie für Instandsetzungsarbeiten bereithalten. Andere der im § 155 Abs. 1 und 2 ZwVG. bezeichneten Ausgaben darf er aus ihnen nicht bestreiten. Man darf hiergegen nicht einwenden, daß auch der Zwangsverwalter, und zwar aus den vom betreibenden Gläubiger zu leistenden Vorschüssen sich noch andere Mittel beschaffen kann; denn abgesehen davon, daß der Gläubiger zur Zahlung von Vorschüssen nicht verpflichtet ist, seine Weigerung vielmehr nur zur Aufhebung des Verfahrens führt, hieße das nichts anderes, als die Instandsetzungspflicht vom Eigentümer auf den Gläubiger abzuwälzen. Es ist ferner zu berücksichtigen, daß, wenn der Eigentümer sich durch sachwidrige Verwendung der Zuschläge zur Erfüllung der Reparaturpflicht außerstande setzt, die Verhütungsvorschriften des § 6 Abs. 2 RMietG. eingreifen, daß dieses Gegengewicht aber für den Zwangsverwalter in Fortfall kommt, wie noch darzustellen sein wird (s. unten III 5a). — Nach alledem ist die Stellung des Zwangsverwalters hier nicht so frei, wie die des Eigentümers; die Zweckgebundenheit der Zuschläge tritt stärker in Erscheinung. Es empfiehlt sich m. E., die sich hieraus ergebenden Pflichten des Zwangsverwalters gesetzlich, etwa in den Ausführungsbestimmungen, festzulegen.

5. Der oben für die Zwangsversteigerung aus § 56 Satz 2 ZwVG. hergeleitete Grundsatz, nach dem nur die für die Zeit nach Erteilung des Zuschlages eingezogenen und noch vorhandenen Instandsetzungsbeträge dem Ersteher gebühren, läßt sich, wenn gleichzeitig ein Zwangsverwaltungsverfahren schwebt, nicht durchführen. Denn dann ist, wie eben dargestellt, die Zweckgebundenheit der Zuschläge in Erscheinung getreten, und es ist nicht mehr angängig, die bis zum Zuschlage aufgelaufenen und in ausgeschiedenem Zustande vorhandenen Instandsetzungszuschläge ihrem Zwecke zu entziehen. Der vorhandene Bestand kann nicht nach der Vorschrift des § 155 ZwVG. verteilt werden; es würde sonst das Recht der Mieter auf Verwendung der von ihnen zu einem bestimmten Zweck bezahlten und für diesen Zweck reservierten Beträge vereitelt werden. Andererseits würden die Hypothekengläubiger — es würde sich freilich wohl nur um den Erstausfallenden handeln — und auch der Schuldner, die ja mit der Zweckverwendung dieser Beträge rechnen müssen, einen unbegründeten Vorteil erleiden. Deswegen wird es das allein Richtige sein, die gesamten nichtverbrauchten Instandsetzungszuschläge, gleichgültig, für welche Zeit sie eingezogen sind, dem Ersteher zu überweisen. Hierdurch werden, wie dargestellt, berechtigte Interessen nicht verletzt, die Zuschläge werden ihrem Zwecke erhalten. Auch von einem unbegründeten Vorteil des Erstehers kann man nicht sprechen; denn das Meistgebot wird höher werden, wenn gleichzeitig mit dem Zuschlag ein Instandsetzungsfonds erworben wird. Damit erledigt sich auch ein etwaiger Einwand, daß der Teil der Zuschläge, der zu Instandsetzungsarbeiten später etwa nicht verbraucht werden sollte, an sich dem Schuldner oder dem Hypothekengläubiger zur Verfügung stehen müßte; diesen Interessen wird durch das Höherwerden des Meistgebotes ausreichend Rechnung getragen. Man gelangt hiernach mit Notwendigkeit zum Ergebnis,

> daß die in der Zwangsverwaltung aufgelaufenen, beim Zuschlage noch nicht verbrauchten Beträge für laufende Instandsetzungsarbeiten dem Ersteher gebühren.

Das wäre nun freilich so gut wie eine neue gesetzliche Versteigerungsbedingung, der aber die gesetzliche Grundlage fehlt, und die einen starken Widerspruch zu § 56 Satz 2 ZwVG. darstellt. Vollstreckungs- und Prozeßgerichte werden daher vielleicht Bedenken tragen, diesen Standpunkt einzunehmen, obwohl ein anderes Ergebnis m. E. unerträglich ist. Es scheint daher eine gesetzliche Bestimmung nötig, die diese Verhältnisse regelt; sie ließe sich unschwer an die Vorschrift des § 56 Satz 2 ZwVG. anschließen. Es wäre denn auch zu erwägen, ob bei der Übernahme des vorhandenen Bestandes durch den Ersteher nicht besondere Sicherungsmaßregeln für die Zweckverwendung, etwa durch Überweisung des Bestandes an die im § 6 Abs. 2 RMietG. bezeichnete „Stelle" zu schaffen wären. Solange solche gesetzliche Bestimmungen fehlen, werden Verwirrungen und Schwierigkeiten herrschen; es ließe sich ihnen begegnen, wenn das Vollstreckungsgericht im Versteigerungstermin von vornherein die Vereinbarung einer besonderen Versteigerungsbedingung bei den Beteiligten anregen und durchsetzen könnte, nach der

> die in der Zwangsverwaltung aufgelaufenen und bei der künftigen Erteilung des Zuschlages noch nicht verbrauchten Zuschläge für die laufenden Instandsetzungsarbeiten dem Ersteher gebühren, der sie für solche Arbeiten zu verwenden hat.

Damit wäre die Frage auf das einfachste gelöst.

III. Die Instandsetzungszuschläge des § 3 bei Nichtverwendung oder nicht sachgemäßer Verwendung (§ 6 Abs. 2).

1. Eine Klage des Mieters auf sachgemäße Verwendung des Zuschlages ist nicht gegeben; er hat hierfür den Anspruch auf Instandhaltung des Mietsraums, soweit ihm ein solcher nach dem BGB. zusteht (§ 20 RMietG.). Außerdem aber kann er, wenn der Vermieter seiner Verwendungspflicht zuwiderhandelt, bei der im § 6 Abs. 2 RMietG. bezeichneten Stelle geeignete Anordnungen zur Sicherung der sachgemäßen Ausführung der Instandsetzungsarbeiten beantragen; die Stelle kann auch von Amts wegen solche Anordnungen treffen. Die für die Praxis bedeutungsvollste Anordnung ist die im Gesetz selbst vorgesehene, nach der die Mieter den zur Ausführung der laufenden Instandsetzungsarbeiten erforderlichen Teil des Instandsetzungszuschlages an die bestimmte Stelle abzuführen haben. Bei der großen Reparaturbedürftigkeit der Häuser ist anzunehmen, daß diese Anordnung regelmäßig sich auf die vollen Zuschläge sämtlicher Mieter des Hauses für mehrere Zahlungstermine erstrecken wird. Nur selten wird, wenigstens bei Großstadthäusern, die Sache so liegen, daß gerade der von einem bestimmten Mieter bezahlte Zuschlag zur Instandsetzung der Wohnung desselben Mieters verwendet werden soll. Vielmehr wird, wenn die Zuschläge nur zum Teil, etwa die Zuschläge einer oder mehrerer Mietzahlungen, nicht oder nicht sachgemäß für Instandsetzungsarbeiten verwendet sind, die Anordnung sich regelmäßig auf die von sämtlichen Mietern zu zahlenden Zuschläge erstrecken; denn durch die Zweckentziehung auch nur eines der Zuschläge wird ja die Gesamtheit der Mieter gefährdet. Die bei der Stelle eingezahlten Beträge werden meist einen Fonds für die Instandsetzung sämtlicher Räume bilden. Die Gestaltung des Verhältnisses ist daher nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich von großer Bedeutung.

2. Mit der Anordnung erlischt der Anspruch des Vermieters auf Zahlung des von ihr betroffenen Teils des Mietzinses (Zuschlages); so bestimmt § 6 Abs. 2 letzter Satz. Gläubigerin wird die „Stelle". Es hätte nahegelegen, zu bestimmen, daß der Anspruch des Vermieters auf die Stelle übergeht. Das ist aber nicht der Wille des Gesetzes; der Ausdruck „erlischt" ist eindeutig und bestimmt. Mit dem Erlöschen erwirbt die Stelle einen originären Anspruch öffentlich-rechtlichen Charakters, der freilich seinen Inhalt aus dem Mietsvertrage schöpfen muß; denn selbstverständlich können die Rechte der Mieter durch den Hergang nicht beeinträchtigt werden. Damit ist ein recht eigenartiges, teils im öffentlichen, teils im privaten Recht wurzelndes Gebilde geschaffen, dessen rechtlicher Charakter noch bedenklicher wird, wenn die Landesbehörde nach Abs. 5 zuläßt, daß die Beträge von den Mietern wie Gemeindeabgaben beigetrieben werden können. Die Einwendungen der Mieter werden hierdurch in ihrer Geltendmachung jedenfalls erheblich erschwert. Manche Zweifelsfragen werden auftauchen: Ist es möglich, die Räumungsklage zu erheben, wenn die Beträge an die Stelle nicht entrichtet werden? Der Vermieter wird hierzu nicht mehr legitimiert sein, da ihm ja der Anspruch auf Zahlung nicht mehr zusteht, jedenfalls wird er hierzu weder Neigung noch Interesse haben. Die Stelle hat keine Befugnis, in das Dispositionsrecht des Eigentümers einzugreifen. — In ähnlicher Weise wird das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters wegen dieser Beträge in Wegfall kommen. — Soweit die Beträge zur Instandsetzung nicht verwendet werden, sind sie — anders als bei den Zuschlägen für die großen Instandsetzungsarbeiten —

dem Vermieter herauszugeben; hier tritt der privatrechtliche Charakter des Fonds wieder zutage, und gerade hier zeigt sich der grundsätzliche Unterschied von dem Fonds für die großen Instandsetzungsarbeiten, bei dem, wie noch erörtert werden wird, der öffentlich-rechtliche Charakter überwiegt.

3. Die Veräußerung des Grundstücks wird auf die in der Eigentumszeit des Veräußerers an die Stelle abgeführten Beträge zunächst ohne Einfluß sein. Sie sind zu Instandsetzungszwecken zu verwenden. Ein etwa nicht verbrauchter Überschuß ist aber an den Veräußerer herauszugeben. Erstreckt sich die in der Eigentumszeit des Veräußerers getroffene Anordnung auf Zuschläge, die erst in der Eigentumszeit des Erwerbers fällig sind, so ist es zweifelhaft, ob die Anordnung insoweit noch wirksam ist. Man wird das verneinen müssen; denn der Grund für die Anordnung beruhte auf Umständen, die allein in der Person des Veräußerers vorlagen.

4. Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anordnung ist, daß der Vermieter die Ausführung notwendiger laufender Instandsetzungsarbeiten unterlassen oder die Gelder nicht sachgemäß verwendet hat. Nur das letztere ist hier näher zu bestimmen, und zwar auch nur insoweit, als diese sachwidrige Verwendung in einer Rechtshandlung besteht. Zwei Fragen erheben sich:

a) Enthält die Verfügung über die Mietzinsforderung und damit über den in ihr enthaltenen Instandsetzungszuschlag eine nicht sachgemäße Verwendung des letzteren?

Und ferner, soweit die Frage zu bejahen ist:

b) Wie wirkt die Anordnung, nach der die Beträge an die Stelle abzuführen sind, auf die Wirksamkeit der vorher getroffenen Verfügung über die Mietzinsforderung?

a) Wie oben erörtert, ist der Betrag des Instandsetzungszuschlages ein nicht ausgeschiedener Bestandteil der Miete und hat der Vermieter nur die Pflicht, einen der Höhe des Zuschlages entsprechenden Geldbetrag bestimmungsgemäß zu verwenden. Aus dieser Natur der Zuschläge — es ist oben von ihrem obligatorischen Charakter gesprochen worden — folgt, daß nicht jede Verfügung über die Mietzinsen (bzw. die Zuschläge) eine sachwidrige ist, sie wird es erst, wenn sie den Vermieter zur Zweckverwendung des den Zuschlägen entsprechenden Geldbetrages außerstande setzt. Die bloße Tatsache der Vorauserhebung, Stundung oder Abtretung der Mietzinsen enthält also, für sich allein, noch keine sachwidrige Verwendung, sie rechtfertigt noch nicht die Anordnung der „Stelle“; es könnte, wie nur als Beispiel hervorgehoben sei, die Vorauseinziehung oder Abtretung gerade zum Zwecke der Bezahlung der Instandsetzungsarbeiten erfolgt sein. Ist aber nach den Umständen von vornherein anzunehmen, oder stellt sich später heraus, daß diese Rechtshandlungen den Verwendungszweck der Zuschläge vereiteln, so sind sie allerdings als nicht sachgemäße Verwendungen zu betrachten. Nach ähnlichen Grundsätzen wird auch die *Pfändung* der Mietzinsen zu behandeln sein, mag sie vom Hypothekengläubiger oder vom Personalgläubiger ausgehen; nur werden bei der Pfändung die Umstände regelmäßig von vornherein die Annahme einer sachwidrigen Verwendung rechtfertigen. Andere Rechtsakte kommen für die Frage der nicht sachgemäßen Verwendung nicht in Betracht. Die Einleitung der Zwangsverwaltung enthält keine Verfügung über die Mietzinsforderungen, auch sonst bietet sie weder Anlaß noch Raum für eine Anordnung aus § 6 Abs. 2 RMietG., der Zwangsverwalter kann dieser Vorschrift nicht unterstellt werden (s. unten 5a). — Die Einleitung der *Zwangsversteigerung* läßt die Mietzinsforderung unberührt; sie allein kann daher die Annahme einer sachwidrigen Verwendung der Mietzinsen nicht begründen. — Dasselbe gilt von der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Vermieters; die bloße Möglichkeit, daß der Konkursverwalter die Instandsetzungszuschläge ihrer Bestimmung entzieht, rechtfertigt die Anordnung aus § 6 Abs. 2 ebensowenig wie beim Eigentümer selbst; eine ganz andere Frage ist, ob gegen den Konkursverwalter, nachdem er eine sachwidrige Verwendung vorgenommen, eine solche Anordnung zulässig ist, sie wird später erörtert (Nr. 6).

b) *Die Wirkung der Anordnung aus § 6 Abs. 2 auf die Verfügung über die Zuschläge.* Das Gesetz behandelt den Fall nicht; es schreibt vor, daß, wenn die Anordnung erlassen ist, insoweit der Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Miete erlischt. Er erlischt insoweit, als die Zahlung zur Stelle angeordnet ist. Es werden für die Anordnung aber nicht nur die nach Erlaß der Anordnung fällig werdenden Mietsbeträge in Frage kommen; sie wird vielmehr auch für die vorher fällig gewordenen, aber vom Vermieter noch nicht eingezogenen Beträge zuzulassen sein; denn es wird häufig vorkommen, daß die Mieter bei Verletzung der Instandsetzungspflicht seitens des Vermieters die fällige Miete bis zum Erlaß der von ihnen angeregten Anordnung zurückhalten; gerade für diesen Fall muß die Anordnung Bedeutung gewinnen.

Hat nun der Vermieter *nach* Erlaß der Anordnung über die Mietzinsen *verfügt*, so hat er, soweit die Zuschläge in Frage kommen, über ein Nichts verfügt; die Anordnung wirkt insoweit wie eine Beschlagnahme: hat also z. B. der Mieter trotz der Anordnung die Zuschläge an den Vermieter gezahlt, so gilt die Zahlung als nicht geschehen. Wie sind aber die entwickelten Grundsätze, insbesondere der des Erlöschens des Anspruchs des Vermieters auf Zahlung des Zuschlages, anzuwenden, wenn der Vermieter *vor* der Anordnung über die Mietzinsen und damit über die Zuschläge verfügt hat? Die Frage darf nicht mißverstanden werden. Es handelt sich nicht darum, wie die Anordnung auf die sachwidrige Verfügung über die Zuschläge wirkt; zu prüfen ist vielmehr,

welche Wirkung die Anordnung, nachdem sie einmal wegen Nichtverwendung oder nicht sachgemäßer Verwendung der Zuschläge, z. B. *sachwidriger Verfügung*, erlassen ist, auf vorherige Verfügungen über die von ihr betroffenen Zuschläge ausübt, *gleichgültig, ob diese Verfügungen sachwidrig waren oder nicht.*

Durch die Anordnung erlischt der Anspruch des Vermieters auf den Zuschlag. Damit wird jede Vorausverfügung des Vermieters über den einen Teil des Mietzinses bildenden Zuschlag (Vorauseinziehung, Stundung, Abtretung, Verpfändung, aber auch Pfändung, Aufrechnung) gegenstandslos; die Verfügung betrifft eine Forderung, die nachträglich in Fortfall gekommen ist, fällt also ins Leere. *Verfügungen über die Zuschläge sind hiernach unwirksam, soweit die Zuschläge nach Erlaß der Anordnung fällig werden.* Es würde zu weit gehen, zu sagen: soweit sie sich auf die Zeit nach Erlaß der Anordnung erstrecken. Es wäre ein ungerechtes und nicht erträgliches Ergebnis, wenn der Mieter, der auf Grund verkehrsüblicher Vertragsvereinbarung die Miete für drei Monate — vor Erlaß der Anordnung — vorausbezahlt hat, den auf die Zeit von der Anordnung bis zum Ablauf des Vierteljahrs entfallenden Teil noch einmal, an die Stelle, bezahlen müßte.

Die Anordnung hat hiernach einen starken Eingriff in die Rechte Dritter, der Verfügungsbegünstigten, zur Folge; sie greift in noch höherem Maße ein, als dies nach den zum Schutze des Grundstückserwerbers (§ 573 f. BGB.), des Hypothekengläubigers (§ 1124 f. BGB.) usw. erlassenen Vorschriften möglich ist. Man könnte bezweifeln, ob es überhaupt der Rechtslogik entspricht, daß Forderungen, die nicht dem Vermieter, sondern dritten Personen zustehen, durch eine nur gegen den Vermieter zu richtende Anordnung betroffen und zum Erlöschen gebracht werden. Aber so gut wie in den angedeuteten Fällen des bürgerlichen Rechts der Anspruch eines Dritten, des Verfügungsbegünstigten, in gewissem Umfange der Wirksamkeit entkleidet werden kann, so gut muß dies in unserem Falle angängig sein. Dort haben wir freilich ausdrückliche Gesetzesvorschriften. Hier zeitigt aber der Sinn des Gesetzes, der ihm wie jeder Rechtsnorm innewohnende Verwirklichungsdrang, mit Notwendigkeit das gleiche Ergebnis. Die Möglichkeit über die Zuschläge mit Wirkung über die Zeit der Anordnung hinaus zu verfügen, würde den Zweck des Gesetzes vollständig vereiteln, wie nicht weiter ausgeführt zu werden braucht. Hieran ändert nichts, daß ein Hypothekengläubiger des Grundstücks die Verfügung über die Zuschläge gemäß § 1124 BGB. in ihrer Wirksamkeit durch Beschlagnahme einschränken kann; denn abgesehen von der nur relativen Wirkung einer solchen Maßnahme braucht es der Eigentümer (Vermieter), der seine Pflichten gegenüber seinen Hypothekaren nachkommt, es zu einer solchen Beschlagnahme ja nicht kommen zu lassen.

5. *Die Vorschriften des § 6 Abs. 2 in der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung.*

Eine Reihe von Fragen tauchen auf, deren gesetzliche Regelung notwendig erscheint und deren Lösung nachstehend jedenfalls versucht werden soll:

a) Kann die Anordnung aus § 6 Abs. 2 auch dann getroffen werden, wenn es der Zwangsverwalter ist, der gegen die Verwendungspflicht verstößt? Kann in diesem Falle insbesondere angeordnet werden, daß die Mieter die Zuschläge — ganz oder zum Teil — an die Stelle abzuführen haben? Die Frage wird verneint werden müssen. Die sachgemäße Verwendung der Instandsetzungszuschläge gehört zu den Amtspflichten des Zwangsverwalters (§ 152 ZwVG.), sie wird, als in seinen Geschäftskreis fallend, nach § 153 vom Vollstreckungsgericht beaufsichtigt, das ihn zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten hat, besonders auch der Pflichten, wie sie oben unter II 4 beschrieben sind. Deswegen kann es nicht angängig sein, noch eine andere „Stelle" als Kontrollorgan oder Entscheidungsbehörde zuzulassen. Das würde zu unlöslichen Zweifeln und unerträglichen Widersprüchen zwischen beiden Behörden führen; vor allem aber besteht kein Bedürfnis für die Tätigkeit der Stelle neben der des Vollstreckungsgerichts. Hiernach hat allein der Zwangsverwalter unter Aufsicht des Gerichts über die Verwendung der Zuschläge Bestimmung zu treffen. Da nach diesen Ausführungen Anträge auf Erlaß der Anordnung aus § 6 nicht gestellt werden können, scheidet insoweit auch die Mietervertretung aus (§ 17).

b) Aus dem Gesagten folgt auch, daß Zuschläge, die nach Einleitung der Verwaltung fällig werden, nicht mehr an die Stelle, sondern an den Zwangsverwalter zu zahlen sind. Man muß noch einen Schritt weitergehen; die Beträge, die von den Mietern vor der Einleitung des Verwaltungsverfahrens an die Stelle abgeführt und noch nicht verwendet sind, sind von der Stelle dem Verwalter auszuhändigen. Für eine Betätigung der Stelle liegt kein Grund mehr vor; sie würde die Verwaltung empfindlich stören.

c) Wird die Zwangsverwaltung aufgehoben, ohne daß das Grundstück versteigert wird, so tritt die Stelle wieder in ihre früheren Rechte, der Verwalter muß die nicht verbrauchten Beträge an sie abführen. Über den Fall, daß die Zwangsverwaltung durch Versteigerung des Grundstücks beendet wird, vgl. zu d.

d) Zweifelhaft sind die Fragen, welches das Schicksal der bei der Stelle liegenden nichtverbrauchten Beträge im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks ist. Es sei zunächst der Fall betrachtet, daß gleichzeitig eine Zwangsverwaltung nicht stattgefunden hat. Es ist oben zu II 3 (wo die Stelle nicht in Betracht kam) für den Fall der bloßen Zwangsversteigerung der Grundsatz des § 56 Satz 2 ZwVG. als maßgebend bezeichnet worden, während zu II 5, d. h. wenn gleichzeitig die Zwangsverwaltung schwebte, sämtliche in der Zwangsverwaltung eingezogenen und nicht verbrauchten Instandsetzungszuschläge dem Ersteher zugesprochen wurden. Der Grund, der für diese letztere Auffassung maßgebend war, trifft auch für den jetzt behandelten Fall zu. Er liegt darin, daß die bei der Stelle liegenden Zuschlagsbeträge konkretisiert sind, und daß sie, soweit sie sich auf die Zeit bis zur Erteilung des Zuschlages erstrecken, unmöglich nach der Vorschrift des § 155 ZwVG. verteilt werden können. Sie gebühren daher dem Ersteher. Ist aber dies Ergebnis für den Fall der bloßen Zwangsversteigerung zutreffend, so gilt dies natürlich noch in höherem Maße, wenn zugleich eine Zwangsverwaltung geschwebt hat; dem Ersteher gebühren dann die zu b bezeichneten, noch nicht verwendeten Beträge.

Alles, was oben zu II 5 gesagt ist, gilt auch für die hier behandelten Fälle, besonders die Ausführungen über die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung und über die Zweckmäßigkeit einer besonderen Versteigerungsbedingung, solange diese Regelung nicht erfolgt ist.

6. Die Vorschriften des § 6 Abs. 2 im Konkurse des Vermieters.

In Frage steht, ob eine Anordnung gemäß § 6 Abs. 2 gegen den Konkursverwalter erlassen werden kann. Eine solche Anordnung gegen den Zwangsverwalter ist oben (5a) für unzulässig erklärt worden. Beim Konkursverwalter liegen die Verhältnisse aber anders. Freilich unterliegt auch er der Aufsicht des Gerichts, aber sie erstreckt sich nicht auf die Verwaltung des Grundstücks, sondern auf die der Masse, sie ist daher wirtschaftlich anders gerichtet und verträgt sich sehr wohl mit der Aufsicht der Stelle. Ebenso ist die Stellung des Konkursverwalters zum Grundstück eine andere als die des Zwangsverwalters, da jener die Interessen aller Konkursgläubiger und nicht nur, und auch nicht einmal in erster Reihe, die des Grundstücks berücksichtigt. Wenn oben zu II 4 ausgeführt ist, daß das Verhältnis des Eigentümers zu den Zuschlägen ein anderes ist als das des Zwangsverwalters und hieraus Folgerungen hergeleitet wurden, so trifft alles das, was dort vom Eigentümer gesagt worden ist, auf den Konkursverwalter zu; er steht den Zuschlägen in derselben Weise gegenüber, wie der Eigentümer, ohne die Beschränkungen, denen der Zwangsverwalter unterworfen ist. Er kann daher sehr wohl in die Lage kommen, über die Instandsetzungszuschläge zugunsten der allgemeinen Konkursmasse zu verfügen; das bedeutet aber einen Verstoß gegen § 6 RMietG. und deshalb müssen Anordnungen gemäß § 6 Abs. 2, besonders die Anordnung der Zahlung an die Stelle, zulässig sein. Das hat besondere Bedeutung, wenn der Konkursverwalter die laufenden Instandsetzungsarbeiten nicht ausführen kann, weil er bei Zahlungen aus der Masse nicht Beträge in Höhe der vereinnahmten Zuschläge zurückbehalten hat. —

IV. Die Zuschläge für die großen Instandsetzungsarbeiten (§ 7 Abs. 1).

Die großen Instandsetzungsarbeiten dienen zur Erhaltung der Substanz des Hauses. Die Interessen der Mieter stehen hier jedenfalls nicht im Vordergrund, auch die des Eigentümers sind nicht die allein ausschlaggebenden; von mindestens gleicher, häufig aber überragender Bedeutung sind die Interessen der Hypothekengläubiger und ganz besonders die allgemeinen Wirtschaftsinteressen; denn die Erhaltung der Gebäude ist von öffentlicher Bedeutung im eminentesten Sinne. Man wird sich dies vergegenwärtigen müssen, wenn man die Vorschriften des § 7 richtig würdigen will; sie tragen diesen Gedanken Rechnung, indem sie die Zweckgebundenheit hier weit stärker hervortreten lassen, als dies für die Zuschläge des § 3 geschehen ist. Deswegen ist zunächst die Errichtung eines besonderen Hauskontos vorgesehen, auf das die Zuschläge vom Vermieter einzuzahlen sind (hiermit ist nicht etwa ein vom Vermieter in seinen Büchern einzurichtendes Sonderkonto, sondern ein an dritter Stelle, einer Bank, Sparkasse, Gemeindekasse u. dgl. zu bildendes Konto gemeint). Die oberste Landesbehörde kann die Bedeutung dieser Vorschrift noch erheblich steigern, indem sie allgemein, ohne daß ein besonderer Anlaß vorliegt, anordnet, daß die Mieter die Zuschläge nicht an den Vermieter, sondern unmittelbar auf das Hauskonto einzuzahlen haben. Im Einzelfall, wenn der Vermieter die Arbeiten nicht ausführt, kann die Gemeinde sie selbst ausführen und die hierzu erforderlichen Mittel vom Hauskonto entnehmen; das Mieteinigungsamt kann auch anordnen, daß die Mieter die Zuschläge direkt an die Gemeindebehörde zu entrichten haben (§ 8). Bemerkenswert ist ferner, daß die Zuschläge „lediglich" für große Instandsetzungsarbeiten zu verwenden sind, eine Hervorhebung, die für die Zuschüsse des § 3 fehlt. Damit ist auch zum Ausdruck gebracht, daß Beträge, die nach Vornahme großer Instandsetzungsarbeiten übriggeblieben sind, nicht etwa dem Vermieter zurückzuzahlen sind, sondern auf dem Hauskonto verbleiben müssen; es soll ein Fonds für künftige große Instandsetzungsarbeiten, der Gebäudefonds, vorhanden sein. Der Gefahr, daß etwa zum Nachteil der Mieter unnötig hohe Mittel aufkommen, läßt sich nach § 7 Abs. 4 begegnen.

Aus alledem ergibt sich, daß die Zuschläge des § 7 Abs. 1 einen wesentlich anderen Charakter haben, als die des § 3. Es handelt sich hier nicht bloß darum, daß der Vermieter einen der Höhe der Zuschläge entsprechenden Betrag zu den Arbeiten zu verwenden hat (s. oben zu II 3 und 4); es werden vielmehr die Zuschlagsbeträge von vornherein aus seinem hausfremden Vermögen ausgesondert, und in diesem individualisierten Zustande müssen sie bis zu ihrer Zweckverwendung verbleiben. Aber auch schon der Anspruch des Vermieters an die Mieter hat einen durch den Verwendungszweck gekennzeichneten Inhalt. Es ist nicht, wie bei den Zuschlägen des § 3, ein Anspruch auf Miete, die dem Vermieter als Entschädigung dafür zusteht, daß er für Instandsetzungsarbeiten Aufwendungen zu machen hat, sondern der Anspruch auf Zahlung eines ausschließlich für Instandsetzungsarbeiten bestimmten und auf ein besonderes Konto, das Hauskonto, abzuführenden Betrages. Daraus ergibt sich, daß jede Verfügung des Vermieters über seine

Forderung an die Mieter auf Zahlung der Zuschläge für die großen Instandsetzungsarbeiten eine Veränderung des Inhalts der Leistungen bedeutet und daher unstatthaft ist. Abtretung (§ 399 BGB.) und Verpfändung (§ 1274 Abs. 2 BGB.) sind schlechthin unwirksam. Dasselbe muß auch trotz der Bestimmung des § 851 Abs. 2 ZPO. für die Pfändung gelten (vgl. über die gleiche Frage bei Pfändung von Baugeldforderungen, JDR. 1910, 818 und JW. 1909, 352); denn auch die Pfändung des vom Vermieter eingezogenen, aber noch nicht auf das Hauskonto abgeführten baren Geldes durch den Gerichtsvollzieher ist unzulässig, weil nach der Vorschrift des § 7 die Beträge „lediglich" zu Instandsetzungsarbeiten zu verwenden sind, dem Gläubiger also ein Recht auf sie nicht zusteht. —

Eine andere Frage ist, inwieweit die auf das Hauskonto eingezahlten Beträge, also die Ansprüche des Vermieters an die Bank, seiner Verfügung unterliegen. Das Gesetz selbst gibt hierüber anscheinend Auskunft, indem es vorschreibt, daß eine Verfügung des Vermieters über das Hauskonto der Zustimmung der Mieter (eventuell der Mietervertretung) bedarf. Soll das aber wirklich bedeuten, daß der mit der erforderlichen Zustimmung versehene Vermieter über das Konto nach Belieben schalten, die Beträge abheben, sein Guthaben abtreten und verpfänden darf? Unmöglich! Berücksichtigt man, daß diese zur Erhaltung der Haussubstanz bestimmten Zuschläge vornehmlich oder doch in hohem Maße dem öffentlichen Interesse und dem der Hypothekengläubiger dienen, so erscheint es ausgeschlossen, daß der Vermieter mit Zustimmung eines gefügigen oder gefügig gemachten Mieterrates berechtigt sein soll, das Gesetz einfach aufzuheben. Jene unklare Vorschrift wird man so auslegen müssen, wie sie offenbar gemeint ist, nämlich: der Vermieter kann mit Zustimmung der Mieter im Rahmen des Gesetzes über das Konto verfügen, d. h. Bestimmungen darüber treffen, in welcher Weise die auf dem Konto befindlichen Beträge für große Instandsetzungsarbeiten zu verwenden sind, und für solche Ansprüche Zahlung aus dem Konto leisten. Andere Verfügungen aber sind auch mit Zustimmung der Mieter unwirksam, die Bank wird ihnen nicht nachkommen dürfen. Es ist dies oben zunächst nur von der Abtretung und Verpfändung ausgesprochen worden, aber auch die Pfändung des Kontos ist unzulässig, aus gleichem Grunde, aus dem oben die Pfändung des Anspruchs an die Mieter für unstatthaft erachtet worden ist.

Die vorstehenden Ausführungen gelten auch, wenn nach Anordnung der Landesbehörde (§ 7) oder des Mieteinigungsamtes (§ 8) die Mieter die Zahlungen unmittelbar auf das Hauskonto oder an die Gemeindebehörde zu leisten haben. In beiden Fällen erlischt der Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Beträge und können diese wie Gemeindeabgaben beigetrieben werden. Es kann hier auf die Ausführungen zu III 2 Bezug genommen werden. In welcher Weise die Beitreibung als Gemeindeabgabe in dem Fall geschehen soll, daß die Mieter die Beträge auf das Hauskonto, also doch wohl häufig oder sogar meistens an eine Privatbank, abzuführen haben, ist nicht ersichtlich; eigenartig ist es ferner, daß mit dem Erlöschen der Forderung des Vermieters die Bank Gläubigerin wird; es würden hierdurch den Banken Pflichten erwachsen, die ihrem Geschäftskreis fremd sind. Vielleicht bringen die Ausführungsbestimmungen über diese Punkte Klarheit.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß die Zweckgebundenheit der Zuschläge, und zwar sowohl des Anspruchs des Vermieters auf deren Zahlung, als die des Gebäudefonds eine absolute ist. Der Gebäudefonds ist ein ausschließlich für das Grundstück bestimmtes von diesem nicht zu trennendes Zweckvermögen, in gewisser Beziehung vergleichbar dem Tilgungsfonds bei landschaftlichen Amortisationsdarlehen, den man bald als Bestandteil, bald als Zubehör des Grundstücks bezeichnet hat. Einer konstruktionellen Unterordnung unter einen der üblichen juristischen Begriffe bedarf es nicht, da sich alle Rechtsfolgen aus der absoluten Zweckgebundenheit von selbst ergeben:

a) Hiernach ist die Frage, ob die Ansprüche oder der Fonds der hypothekarischen Haftung unterliegen, zu verneinen. Die weitere Frage, ob sie von der Versteigerungs- oder Verwaltungsbeschlagnahme betroffen werden, ist bedeutungslos, da die aus der Beschlagnahme fließenden Folgen sich aus der absoluten Zweckgebundenheit herleiten lassen (siehe unten d, e).

b) Wird das Grundstück veräußert, so geht das im Hauskonto befindliche Kapital, der Gebäudefonds, mit seiner Zweckgebundenheit, auf den Erwerber über. Es findet dies seinen wirtschaftlichen Ausdruck in der Bemessung des Kaufpreises. Der Übergang des Anspruchs gegen die Mieter auf Zahlung der Zuschläge auf das Konto regelt sich hiergegen nach den allgemeinen Vorschriften (§ 571 BGB.).

d) Der Gebäudefonds geht in der Zwangsversteigerung des Grundstücks mit dem Zuschlage auf den Ersteher über. Auch hier wird sich das Meistgebot mit Rücksicht auf das Vorhandensein des Fonds höher stellen. Die Aufstellung einer besonderen Versteigerungsbedingung, wie sie in ähnlichem Zusammenhange zu II 5 (Zusammentreffen von Zwangsverwaltung und Versteigerung bei den Zuschlägen für laufende Instandsetzungsarbeiten) empfohlen war, wird hier nicht erforderlich sein, da hier der Übergang auf den Ersteher aus der Natur des Gebäudefonds folgt; wird sie aber für den Fall des II 5 aufgestellt, so empfiehlt sich der Deutlichkeit wegen, den Übergang des Gebäudefonds als gesetzliche Versteigerungsbedingung hervorzuheben. Eine gesetzliche Regelung dieser Fragen wäre erwünscht.

Auch die Ansprüche an die Mieter auf Zahlung der Zuschläge müssen hier auf den Ersteher übergehen, gleichgültig, ob sie sich auf die Zeit bis zum Zuschlage oder auf die Folgezeit erstrecken. Es gilt das eben Gesagte, nur scheint die gesetzliche Regelung hier noch mehr am Platze, da eine Abweichung von der Vorschrift des § 56 Satz 2 ZwVG. vorliegt.

e) In der Zwangsverwaltung werden besondere Schwierigkeiten nicht entstehen. Der Zwangsverwalter hat die Ansprüche auf die Zuschläge geltend zu machen. Mag man auch annehmen, daß sie von der Beschlagnahme nicht betroffen werden, so folgt das Recht und die Pflicht des Zwangsverwalters zwar nicht aus § 152 Abs. 1 Satz 2 ZwVG., wohl aber aus Satz 1; denn die Geltendmachung folgt aus dem Recht und der Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten und ordnungsgemäß zu benutzen (diesen Zusammenhang der beiden Sätze des § 152 Abs. 1 hat das RG. erst kürzlich bei Geltendmachung von Tumultschäden durch den Zwangsverwalter dargelegt, vgl. JW. 1922, 579). — Die Vorschrift des § 7 RMietG., daß die Beträge auf das Hauskonto einzuzahlen sind, wird bestehen bleiben müssen, auch dann, wenn die Landesbehörde die allgemeine Anordnung erlassen hat, daß die Mieter unmittelbar auf das Hauskonto zu zahlen haben. Sehr zweifelhaft ist, ob die Vorschriften des § 8 auf die Zwangsverwaltung Anwendung finden. Bei den Zuschlägen für die laufenden Instandsetzungsarbeiten ist es oben zu III 5a für unzulässig erklärt worden, daß die „Stelle" sich in die Tätigkeit des Zwangsverwalters einmischt, da er lediglich vom Vollstreckungsgericht beaufsichtigt wird. Wenn es aber streitig wird, ob und in welchem Umfange große Instandsetzungsarbeiten notwendig sind, und ob sie rechtzeitig vorgenommen sind, so könnte man wohl zu der Ansicht gelangen, daß es sich um eine Frage handelt, die wegen ihres polizeilichen Charakters von der Gemeindebehörde und nicht vom Vollstreckungsgericht zu lösen ist. Auch hier scheint eine gesetzliche Lösung wünschenswert.

f) Was endlich die Behandlung im Konkurs angeht, so ist die Stellung des Konkursverwalters zu den Zuschlägen dieselbe wie die des Zwangsverwalters, nur daß hier die Anwendbarkeit des § 8 kaum bezweifelt werden kann (vgl. oben III 6). Der Gebäudefonds gehört zwar, ebenso wie das Grundstück, in die Konkursmasse, er darf aber selbstverständlich nur seiner Zweckbestimmung gemäß verwendet werden.

Zum Mieterschutzrecht.

Eine verfehlte Reichsgerichtsentscheidung.

I.

Von Rechtsanwalt Dr. Max Unger, Berlin.

RG. 103, 271 ff. = JW. 1922, 580 hat den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, daß die MSchVO. auf Vermietung von Räumen zum Zwecke des Hotelbetriebes überhaupt nicht für anwendbar zu erachten seien.

Dieser in solcher Allgemeinheit aufgestellte Satz dürfte nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht zutreffen, wenn

auch der Inhalt der Entscheidung des RG. im speziellen Fall zutreffend sein mag.

Das RG. geht in der erwähnten Entscheidung davon aus, daß die MSchVO. lediglich den Schutz der Wohnungsmieten und gewisser gewerblicher Räume bezweckten, und daß deshalb ihr Inhalt auf derartige Fälle einschränkend interpretiert werden müsse. Wenn das RG. in der erwähnten Entscheidung auf die alte, längst überholte MSchVO. von 1917 hinweist, mit der Bemerkung, daß der Wortlaut dieser VO. die Beschränkung auf Wohnungen nicht zum Ausdruck bringt, sich diese Beschränkung aber aus der amtlichen Begründung ergebe, so setzt es sich bewußt in Widerspruch mit dem an sich völlig klaren Wortlaut der MSchVO. v. 26. Juli 1917. Ein ganz offensichtlicher Fehlschluß ist aber dem RG. in dieser Entscheidung damit unterlaufen, daß diese Beschränkung auf Wohnräume durch die Novelle zur MSchVO. v. 23. Sept. 1918, nämlich durch den allerdings nur auf Wohnräume in der ursprünglichen Fassung beschränkten § 6 MSchVO. zum Ausdruck gebracht sei. Das RG. übersieht dabei, daß dem § 6 nur eine beschränkte Bedeutung im Rahmen des Systems des Mieterschutzes zukommt. Nach § 2 der Fassung vom 23. Sept. 1918 steht dem Mieter das Recht zu, beim MEA. zu beantragen, daß dieses eine einmal vom Vermieter ausgesprochene Kündigung aus Billigkeitsgründen für unwirksam erklärt. Dieses Recht des Mieters auf Schutz ist allgemeiner Natur und durch nichts lediglich auf Wohnräume beschränkt. Dieses allgemeine Recht kann kraft reichsgesetzlicher Vorschrift der Mieter überall in Anspruch nehmen, selbst da, wo kein MEA. oder eine andere, mit den Aufgaben eines MEA. betraute Stelle kommunaler Art vorhanden ist, der die Befugnis nach § 2 MSchVO. von der Landeszentralbehörde übertragen ist. Denn wo ein MEA. nicht vorhanden ist, tritt kraft reichsgesetzlicher Vorschrift für diese Außerkraftsetzung der Kündigung eines Mietverhältnisses durch den Vermieter das örtlich zuständige AG. ein (§ 11 Abs. 2 MSchVO.).

An Stelle dieses allgemeinen Rechts des Mieters, eine Kündigung auf seinen Antrag durch behördliche Entscheidung ihrer Rechtswirksamkeit entkleiden zu lassen, tritt auf Grund besonderer Einführung seitens der Landeszentralbehörde das in § 6 bestimmte System der vorherigen Genehmigung einer auszusprechenden Kündigung durch das MEA. Dieser verstärkte Mieterschutz ist nach der Vorschrift des § 6 in der ursprünglichen Fassung v. 23. Sept. 1918 auf Wohnräume beschränkt gewesen. Durch die Novelle v. 22. Juni 1919, die für den vom RG. entschiedenen Fall schon galt, war aber die Befugnis der Einführung des Systems der vorherigen Genehmigung ausgedehnt worden auf den Fall eines besonders starken Mangels an Mieträumen im Gegensatz zu der früheren Fassung, die nur von Wohnräumen sprach, und ferner ausgedehnt auf Mietverhältnisse, die Wohnräume, Läden und Werkstätten zum Gegenstand hatten. Damit war genügend zum Ausdruck gebracht, daß lediglich der verstärkte Schutz des § 6 grundsätzlich auf Mietverhältnisse für bestimmte Räume sich sollte erstrecken können.

Würde nun das allgemeine Recht des Mieters nach § 2, die Unwirksamkeit der Kündigung durch seinen Antrag herbeizuführen, sich nur, wie das RG. annimmt, auf Wohnräume erstrecken, so würde hierdurch eine unverständliche Anomalie entstanden sein, da das stärkere Schutzsystem weitergegangen wäre, als das in § 2 bestimmte allgemeine schwächere Schutzsystem. Der vom RG. geprägte Satz, daß der Schutz, der bis dahin nur der Wohnung gewährt sei, durch die Novelle v. 22. Juni 1919 jetzt auch im Sinne des § 2 auf Läden und Werkstätten erweitert worden sei, ist in keiner Weise zwingend. Wenn dies die Absicht der Novelle gewesen wäre, so hätte sie dies in der Fassung des § 2, aber nicht in der Fassung des § 6 zum Ausdruck gebracht. Bisher ist es auch in Rechtsprechung und Schrifttum niemals bezweifelt worden, daß der in § 2 gewährte Mieterschutz sich allgemein auf sämtliche Mietverhältnisse beziehe, deren Gegenstand Raum in Gebäuden ist. Lediglich die Frage, ob der Mieterschutz des § 2 sich auch auf Mietverhältnisse über bewegliche Sachen (z. B. Wohnwagen u. dgl.) erstrecke, ist bisher streitig gewesen. Die Ableitung des Standpunktes des RG. aus der historischen Entwicklung des immer mehr verstärkten Mieterschutzes und aus der Frage nach dem Bedürfnis für einen solchen Schutz, geht völlig an der Erwägung vorüber, daß auch für gewerbliche Räume aller Art mindestens schon seit dem Jahre 1919 ein katastrophaler Mangel herrscht, und der Verlust von Gewerberäumen eine noch viel schwerere Schädigung des Inhabers darstellt, als der Verlust einer Wohnung. Denn wenn man lediglich die Wohnung verliert, so besteht doch irgendeine Möglichkeit, sich vorübergehend anderweitig unterzubringen. Der Verlust des Gewerberaumes bedeutet aber den Verlust der Existenz und damit der Möglichkeit, den Lebensunterhalt für sich selbst zu verdienen und seinen Angestellten zu gewähren. Dies gilt auch für einen Hotelbetrieb. Für diesen vielleicht noch viel mehr, weil an einem Hotelbetrieb zahlreiche Existenzen von Angestellten hängen. Mag bei der ursprünglichen ersten lückenhaften MSchVO. v. 26. Juli 1917 vornehmlich nur an den Schutz der Wohnung gedacht gewesen sein, so ist doch schon damals nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die Möglichkeit eröffnet worden, auch Mieter von Gewerberäumen zu schützen. Der Rückschluß aus der amtlichen Begründung der längst überholten MSchVO. v. Jahre 1917 ist aber um so gefährlicher und um so mehr verfehlt, als durch die späteren Ergänzungs- und Abänderungsbestimmungen, die zum Teil auch gewerbliche Betriebe besonders stark schützen wollten, der Gesetzgeber bewußt über den Schutz der Wohnung hinausgegangen ist. Das RG. hat in der erwähnten Entscheidung leider mehr Wert auf die durch die Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse und der Gesetzgebung längst überholten Motive eines früheren Gesetzes gelegt, als auf den völlig klaren Wortlaut des § 2 MSchVO., der keinerlei Unterscheidung zwischen Mietverhältnissen, betreffend Wohnräume, Läden und Werkstätten, und anderen Räumen erkennen läßt, und verkennt infolge dieser Erwägung das Verhältnis zwischen § 2 mit dem für alle Mietverhältnisse reichsrechtlich geltenden schwächeren Mieterschutz zu dem § 6 mit dem nur für bestimmte Mietverhältnisse geltenden und einer besonderen landesrechtlichen Einführung bedürfenden verstärkten Mieterschutz.

Gleichwohl kann die Entscheidung des RG. im Endergebnis zutreffend sein, weil es sich um eine Entscheidung handelt, die sich auf ein Rechtsverhältnis bezog, das vor Inkrafttreten der Berliner MagistratsVO. zum Schutze der Mieter usw. v. 15. Mai 1921 auf Grund des früheren für Berlin geltenden Rechtes zu beurteilen war. Ist zwar der allgemeine Satz, daß die MSchVO. auf die Vermietung von Räumen zum Zwecke des Hotelbetriebes überhaupt nicht anwendbar sei, unrichtig, so trifft es doch zu, daß § 6 MSchVO. auf ein derartiges Mietverhältnis nicht angewendet werden kann, sondern nur § 2. Aus dem Tatbestand, wie er der veröffentlichten Entscheidung im Auszuge beigegeben ist, ergibt sich nun nicht, ob der Mieter rechtzeitig, d. h. unverzüglich, nach erfolgter Kündigung beim MEA. beantragt hat, diese Kündigung für unwirksam zu erklären. Allerdings ist in dem Tatbestand erwähnt, daß das MEA. zu der am 2. Juni 1920 erfolgten Kündigung durch Beschluß v. 25. Juni 1920 die Zustimmung versagt hat. Dieser Beschluß scheint hiernach sich lediglich auf einen Antrag des Vermieters, die Kündigung zu genehmigen, zu beziehen. Hätte der Mieter seinerseits sofort das MEA. angerufen und wäre daraufhin dieser Beschluß des MEA. ergangen, so würde man aus der Fassung des Beschlusses, der lediglich von der Versagung der Zustimmung zur Kündigung spricht, nichts für den Mieter Nachteiliges herleiten können, wenn auch der Beschluß eigentlich dahin hätte lauten müssen, daß die Kündigung für unwirksam erklärt wird. Denn der Wille des MEA. war zweifellos darauf gerichtet, daß die Kündigung keine Rechtswirksamkeit haben sollte. Es hätte also bei der Entscheidung geprüft werden müssen, ob ein unverzüglicher Antrag des Mieters gemäß § 2 vorlag.

Für die Zeit nach dem 15. Mai 1921 wäre die Entscheidung des RG. aber auf alle Fälle inhaltlich unrichtig. Nach § 5a des MSchG., der lediglich von besonders starkem Mangel an Mieträumen spricht, kann die oberste Landesbehörde mit Zustimmung des RAM. auch andere Schutzbestimmungen erlassen oder Gemeindebehörden zum Erlaß ermächtigen. Die Zulässigkeit dieser Bestimmung ist durch Ziff. III RGes. v. 11. Mai 1920 außer Zweifel gestellt. Dieser Bestimmung des MSchG. entsprechend, ist das Genehmigungssystem des § 6 für Groß-Berlin jetzt auf alle Mieträume, ohne jegliche Unterscheidung ihres wirtschaftlichen Zwecks, ausgedehnt, und zwar durch die auf Grund der Ermächtigung des Oberpräsidenten der Provinz Brandenburg v. 30. April 1921 am 15. Mai 1921 bekannt gemachte Magistratsverordnung zum Schutze der Mieter und über Maßnahmen gegen den

Wohnungsmangel für die neue Stadtgemeinde Berlin (Groß-Berliner Wohnungsnotrecht). Der vom RG. entschiedene Fall betraf ein Mietverhältnis über ein Berliner Grundstück.

Nach § 2 der erwähnten Berliner MagistratsVO. gilt jetzt allgemein für den Bezirk der Stadtgemeinde Groß-Berlin der Satz, daß Mietverhältnisse über Mieträume vom Vermieter nur mit vorheriger Zustimmung des MEA. rechtswirksam gekündigt werden können, und daß ohne Kündigung ablaufende Mietverhältnisse als auf unbestimmte Zeit verlängert gelten, wenn der Vermieter nicht vorher die Zustimmung des MEA. zu dem Ablauf erwirkt hat. Vor dieser MagistratsVO. galt in Groß-Berlin überall verschiedenes Recht, jedenfalls aber nicht die Ausdehnung des Genehmigungssystems über den Rahmen des § 6 MSchG. hinaus auf alle Mietverhältnisse.

Die RGEntsch. v. 9. Dez. 1921 ist zwar erst ergangen, nachdem schon das Groß-Berliner Wohnungsnotrecht in der vorbezeichneten Weise in Kraft war, das RG. mußte aber, da es sich um eine bereits im Juni 1920 erfolgte Kündigung handelte, dasjenige objektive Recht zugrunde legen, das zu diesem Zeitpunkt galt, da es sich nicht um eine prozessuale, sondern eine materiell-rechtliche Frage handelt.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß vielleicht die Entscheidung des RG. in ihrem Endergebnis deswegen zutreffend sein kann, weil der Mieter vielleicht von dem ihm nach § 2 MSchVO. zustehenden Recht, die Unwirksamkeit der Kündigung zu beantragen, nicht rechtzeitig Gebrauch gemacht hat. Die Gründe, die aber das RG. für seine Entscheidung anführt, sind nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes sicherlich unzutreffend. Die besprochene Entscheidung des RG. kann um so weniger irgendwelche allgemeine Bedeutung beanspruchen, als nicht nur in Berlin, sondern auch in den meisten größeren Städten auf Grund des § 5a MSchG. auf alle Mieträume sich beziehende oder wenigstens über den Kreis der Wohnräume, Läden und Werkstätten weit hinausgehende Anordnungen des Inhalts getroffen sind, daß die Kündigung des Mietverhältnisses der vorherigen Genehmigung des MEA. bedarf. Die hierauf aufgebaute Praxis der AG. und LG., die in der Regel ohne Rücksicht auf den Streitwert allein mit der Frage befaßt werden, weil es sich in der Regel um Räumungsprozesse handeln wird, und die den vorstehenden Erörterungen durchweg entspricht, wird sich daher durch diese verfehlte RGEntsch. nicht beeinflussen lassen dürfen. Denn sonst würde diese RGEntsch. dazu führen, daß jeder Gewerbetreibende oder beruflich Tätige, der seinen Beruf nicht in einem Laden oder einer Werkstatt betreibt, von kapitalkräftigen Industrieunternehmungen oder Ausländern einfach ausgemietet wird. Nicht nur zum Hotelbetrieb vermietete Räume fallen an sich nicht unter § 6 MSchG., sondern ebenso auch alle Bureauräume der Anwälte, Operations- und Sprechräume der Ärzte, Bureauräume geschäftlicher Unternehmungen, die keinen Kleinverkauf an das Publikum betreiben und daher keinen Laden haben, Ateliers, Zeitungsredaktionen usw.

Hoffentlich wird das neue MSchG., dessen Entwurf vorbereitet ist, baldigst ergehen, damit nicht erst durch diese verfehlte RGEntsch. eine Rechtsunsicherheit entsteht, die katastrophal genannt werden müßte.

II.

Von Rechtsanwalt Dr. Julius Nußbaum, Berlin.

Der Vorwurf, daß die RGEntsch. v. 9. Dez. 1921 (JW. 1922, 580) verfehlt sei, ist m. E. nicht begründet. In dem zur Entscheidung stehenden Falle hatte das MEA. und auch das KG. offenbar angenommen, daß nach § 6 MSchVO. die Kündigung der Hotelräume der vorherigen Zustimmung des MEA. bedürfe; das RG. hat zutreffend ausgeführt, daß der ursprünglich nur für Wohnräume vorgesehene Mieterschutz durch die Fassung des § 6 in der VO. v. 22. Juni 1919 lediglich auf Läden und Werkstätten ausgedehnt worden ist, wozu ein Hotelbetrieb nicht gehört. Mit dem Beschluß v. 25. Juni 1920, der die vom Vermieter nachgesuchte Zustimmung zur Kündigung versagte, hatte das MEA. also seine Zuständigkeit überschritten und die Entscheidung konnte keine Wirkung äußern.

Daß der Mieter der Hotelräume nach § 2 MSchVO. die — wirksam ausgesprochene — Kündigung durch das MEA. hätte für unwirksam erklären lassen können, hat wohl auch das RG. nicht verneinen wollen, wenngleich zuzugeben ist, daß der allgemeine Satz, die MSchVO. dienen nur dem Schutz der Wohnung, zu einer mißverständlichen Auffassung führen kann. Da ein solcher Antrag unverzüglich nach der Kündigung hätte gestellt werden müssen und dies im Streitfalle anscheinend nicht geschehen war, brauchte das RG. aber nicht zu prüfen, ob eine nach § 2 MSchVO. auf Antrag des Mieters ergangene Entscheidung des MEA. zulässig gewesen wäre.

Inzwischen ist nun, worauf Unger mit Recht hinweist, auf Grund des § 5a MSchVO. für Berlin die Bek. v. 12. Mai 1921 ergangen, die in § 2 die vorherige Zustimmung des MEA. für die Kündigung aller Mieträume vorschreibt. Die Regelung beruht auf dem mit Zustimmung des RAM. ergangenen Erlaß des Min. f. Volkswohlf. v. 7. März 1921 — II 6 Nr. 7548 — (vgl. JW. 1921, 1371 Anm. zu 2). Im Streitfalle konnte die Bek. v. 12. Mai 1921 noch keine Anwendung finden, weil die Kündigung bereits am 2. Juni 1920 ausgesprochen und damals die vorherige Zustimmung des MEA. noch nicht erforderlich war.

Die RGEntsch. ist im Ergebnis also nicht zu beanstanden und es ist wohl auch nicht zu befürchten, daß die Gerichte sie mißverständlich in solchen Fällen anwenden werden, in denen sie bei der jetzt geänderten Rechtslage auch vom RG. nicht mehr für zutreffend erachtet werden würde.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Gefährdungshaftung (Explosion u. a.).

Von Rechtsanwalt Christian Meisner, Würzburg.

1. Es genügt für das heutige Rechtsbewußtsein nicht, den Unternehmer eines Betriebs nur dann für die durch den Betrieb erfolgte Beschädigung fremder Rechtsgüter ersatzpflichtig zu machen, wenn dieser Schaden auf seinem Verschulden beruht. Der industrielle Betrieb hat im Vergleich zu früheren Zeiten in den letzten 50—60 Jahren eine ungeahnte Entwicklung genommen, welche das bisherige Recht nicht voraussehen konnte. Mit einzelnen Betriebsarten sind zahlreiche zuvor unbekannte Gefahren verbunden, die sich bei der zunehmenden Dichtigkeit der Bevölkerung noch erheblich steigerten. Große Unglücksfälle, die bald da, bald dort gewaltigen Schaden anrichteten, führten vor Augen, wie unerträglich es für das Rechtsbewußtsein sei, wenn man die Beschädigten die Nachteile wie einen unglücklichen Zufall tragen läßt, ohne Rücksicht darauf, ob sie darunter wirtschaftlich zugrunde gehen. Dagegen drängte sich dem Rechtsbewußtsein der volkswirtschaftlich empfundene Gedanke auf, daß jeder Betrieb diejenigen Lasten auf sich zu nehmen habe, die in seiner Eigenart liegen (spezifische Gefahr). Denn die Schäden, die von einer in dem Betrieb beruhenden, andauernden Gefahr bei deren Entladung entstehen, sind nicht als Zufall, sondern als eine Eigentümlichkeit des Unternehmens aufzufassen, und die daraus entstehenden Schäden müssen aus dem Unternehmen gedeckt werden, dem ja auch die Vorteile des Betriebs zufließen.

Solche und ähnliche Gedanken fanden schon in der Rechtsprechung des bisherigen Rechts Eingang. So wurde schon vor Inkrafttreten des BGB. der Satz aufgestellt, daß eine im Gewerbebetrieb erfolgte Betriebshandlung, welche ihrer Natur nach das Eigentum Dritter gefährdet, während der Eigentümer auf Einstellung des mit obrigkeitlicher Genehmigung eingerichteten Betriebes nicht klagen kann, allemal zum Schadensersatz verpflichtet; der jedem Eigentümer gebührende Rechtsschutz fordere notwendig die Anerkennung der Verantwortung des Unternehmers eines solchen Betriebes für seine Betriebshandlungen als Gegenstück seiner Befugnis zu den gefährdenden Handlungen; die Ablehnung der Verantwortung würde zu einer Beschränkung des Eigentums führen, die dem Rechte fremd sei[1]). Damit war für das bisherige Recht eine

[1]) So für gemeines Recht: RG. 17, 103; 70, 152; JW. 1909, 111; JW. 1892, 186; GruchBeitr. 46, 1009. — Für preußisches Recht: RG. 7, 266; 59, 70; GruchBeitr. 36, 459; 49, 1132; JW. 1892, 379; 1894, 30; 1905, 131. — Für rheinisches Recht: RG. 58, 130; JW. 1907, 299; RheinA. 83 I 24; 88 I 23.

Annäherung an die „Gefährdungshaftung", die von anderer Seite als „Prinzip des aktiven Interesses"[2]) bezeichnet wurde, vollzogen.

Der Entwurf I BGB. ging noch weiter als diese Rechtsentwicklung, indem er für die Schadensersatzpflicht die Verursachungshaftung zugrunde legte. Der Entwurf II dagegen fand eine Lösung, deren Annahme vollständig befriedigend gewesen wäre, indem er zwar grundsätzlich von der Verschuldungshaftung ausging, aber die Möglichkeit offen hielt, aus Billigkeitsgründen die Verursachungshaftung anzuwenden[3]). Der Bundesrat schaltete jedoch im Entwurf III die Verursachungshaftung vollständig aus, und die Versuche, eine ähnliche Bestimmung wieder hereinzubringen, sind gescheitert.

Das BGB. steht daher auf dem Standpunkt der Verschuldungshaftung. Angesichts des klaren Wortlauts des Gesetzes und des in den Gesetzesmaterialien[4]) bestimmt zum Ausdruck gebrachten Willens des Gesetzgebers sollte man meinen, daß der Gesetzesanwendung der Weg zu der Verursachungs- oder auch nur zur Gefährdungshaftung verlegt ist. Allein die Lösung des BGB. ist eine so unglückliche und ihre Auswirkung für ein gesundes Rechtsempfinden so unerträglich, daß sich das RG. darüber hinwegsetzte und dabei die Gefolgschaft der Obergerichte fand. Hiernach darf auf Grund feststehender und gleichförmiger Rechtsprechung folgender Grundsatz als anerkannt gelten:

Für rechtswidrige Einwirkungen auf das Eigentum eines anderen muß, auch wenn dem Einwirkenden ein Verschulden nicht zur Last fällt, Schadensersatz überall da geleistet werden, wo infolge einer entgegenstehenden Sonderrechtsnorm dem Eigentümer die ihm nach den Grundsätzen des ordentlichen Rechts zustehende Befugnis, wegen des Eingriffs eine Abwehrklage (actio negatoria) zu erheben, entzogen ist[5]).

Zu dieser Annäherung an die Gefährdungshaftung gelangte das RG. durch die Annahme, daß die in verschiedenen Sondergesetzen enthaltenen Bestimmungen, die eine Schadensersatzpflicht ohne Verschulden festsetzen, auf ein gemeinsames, höheres und daher allgemein gültiges Prinzip, eben das von der Gefährdungshaftung[6]), zurückzuführen seien[7]).

2. Diesem vernünftigen, mit dem gesunden Rechtsempfinden im Einklang stehenden Ergebnis soll durchaus nicht entgegengetreten werden. Immerhin ist eine Untersuchung darüber angebracht, ob die Konstruktion der Rechtsprechung logisch aufgebaut und folgerichtig durchgeführt ist, und ob sie wirklich allenthalben die der Billigkeit entsprechenden Ergebnisse trägt, welche von der Rechtsprechung erstrebt werden.

Weitaus die meisten der hier einschlägigen Entscheidungen befassen sich mit dem durch Funkenflug aus Lokomotiven verursachten Brandschaden[8]); außerdem wurden nach den gleichen Grundsätzen behandelt die durch Ruß und Rauch des Eisenbahnbetriebs herbeigeführten Schäden[9]); der durch den Rohrpostbetrieb verursachte Lärm[10]); die durch abirrende Kugeln eines Militärschießstandes herbeigeführte Beeinträchtigung[11]); die durch Explosion einer Sprengstoffabrik verursachte Beschädigung der Nachbarhäuser[12]); der durch Sprengung der Pioniere verursachte Schaden[13]); die durch Anlage eines Eisenbahntunnels herbeigeführte Senkung des darüber stehenden Hauses[14]); die durch Absturz eines Flugzeuges herbeigeführte Beschädigung eines Grundstückes[15]).

Die Anwendung des Gefährdungsprinzips auf jene Fälle, in welchen durch eine Sonderrechtsnorm der Abwehranspruch entzogen wurde, ist rechtlich einwandfrei. Wenn nun aber Ersatz für diese Entziehung zugebilligt werden soll, so muß für den Einzelfall festgestellt werden, daß der Abwehranspruch an sich bestehen würde und mit diesem Anspruch die Einwirkung hätte abgewehrt werden können, durch welche der Schaden verursacht wurde. Geht die Einwirkung von einer Anlage aus, von der schon vor dem Eintritt des Schadens mit Sicherheit vorauszusehen war, daß ihr Bestand oder ihre Benützung eine unzulässige Einwirkung auf das Nachbargrundstück zur Folge haben werde, dann stand zu diesem Zeitpunkt dem Nachbar an sich der Anspruch auf Beseitigung dieser Anlage zu (§ 907). War jedoch eine unzulässige Einwirkung in diesem Zeitpunkte nicht mit Sicherheit vorauszusehen, so ist Voraussetzung des alsdann in Frage kommenden Unterlassungsanspruches (§ 1004), daß vor Eintritt des Schadens schon eine unzulässige Einwirkung stattgefunden hatte[16]) und eine weitere unzulässige Einwirkung zu besorgen war (§ 1004). Diese Besorgnis erfordert mehr als eine abstrakte Möglichkeit, während es andererseits genügt, wenn nach Lage der Verhältnisse mit der Möglichkeit einer Wiederholung zu rechnen ist. Wenn also durch eine unzulässige Einwirkung ein Schaden verursacht wird, und es war vorher eine unzulässige Einwirkung weder mit Sicherheit vorauszusehen, noch auch vorher tatsächlich schon erfolgt, dann bestand schon nach allgemeinem Recht kein Abwehranspruch, mithin kann auch eine Ersatzleistung für die Entziehung des Abwehranspruches nicht in Frage kommen. In der Tat hat das Reichsgericht diesen Standpunkt in einzelnen Entscheidungen mit Entschiedenheit vertreten, so namentlich im Falle der Explosion[17]), und dieser grundsätzliche Standpunkt liegt auch der Ablehnung des Ersatzes für einen Schaden zugrunde, der „in der Vergangenheit liegt, also mit der Klage auf Einstellung des Betriebs nicht hätte verhindert werden können"[18]).

In anderen Entscheidungen ist dieser Standpunkt zwar nicht grundsätzlich, aber doch tatsächlich verlassen, zum mindesten stark auf die Seite geschoben. Im Falle RG. 101, 102 konnte er hochgehalten werden, weil das BG. die tatsächliche Feststellung getroffen hatte, daß von der Sprengstoffabrik eine Explosion früher oder später mit Sicherheit zu erwarten war. Darüber, daß diese tatsächliche Feststellung zweifellos auf einer rechtlichen Verkennung des Erfordernisses „mit Sicherheit zu erwarten" (§ 907) beruht, hat das RG. weggesehen. Sonst hätte sich das Urteil mit der reichsgerichtlichen Konstruktion der Gefährdungshaftung nicht halten lassen. Die scharf ins Zeug gegangene tatsächliche Feststellung des BG. war darauf gestützt, daß zwar im Frieden eine Sprengstoffabrik gefahrlos gewesen sei (vgl. RG. 50, 226), daß sich dies aber bei dem kriegsmäßigen Betrieb mit Rücksicht auf den Mangel an ausgebildeten Arbeitern, sowie die gebotene Eile der Arbeit wie auch die Anhäufung größerer Mengen geändert habe. Gewiß ist durch diese Kriegsmäßigkeit des Betriebs dessen Gefährlichkeit gewaltig gesteigert worden; mit Sicherheit konnte deswegen natürlich eine Explosion nicht vorhergesehen werden; tatsächlich sind auch nicht alle Munitionsfabriken in die Luft geflogen. Jedenfalls haben wir jetzt wieder friedensmäßige Verhältnisse. Trotz aller Vorsicht werden gleichwohl immer wieder explosionsgefährliche Fabriken in die Luft gehen. Aber die im Falle RG. 101, 102 vorgelegene tatsächliche Feststellung, daß die Explosion des betreffenden Betriebes mit Sicherheit vorauszusehen war, wird das RG. wohl nicht mehr vorfinden, und dann muß es ent-

---

[2]) Vgl. A. Merkel, Enzyklopädie, §§ 664 ff.

[3]) § 752 des II. Entwurfes bestimmte, daß derjenige, der für einen von ihm verursachten Schaden deshalb nicht verantwortlich ist, weil ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt, gleichwohl den Schaden insoweit zu ersetzen hat, als die Billigkeit nach den Umständen des Falles, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesgemäßen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf.

[4]) Vgl. KommProt. 2781 u. 2785 (Mugdan 2, 1093 u. 1094); ReichstagsKommBer. 108 (Mugdan 2, 1300).

[5]) RG. 101, 102 ff.; 58, 130; 59, 74; 63, 376; 70, 152; 81, 216 = JW. 1913, 374; 86, 232 = JW. 1915, 457; 93, 100; 97, 291; 98, 348; 100, 69; JW. 1905, 131; 1910, 580 und 619; 1912, 869; Warn. RG. 11 Nr. 40; 13 Nr. 226.

[6]) Vgl. Rümelin im ArchZivPrax. 88, 285 ff. u. 295.

[7]) Vgl. dagegen Endemann, § 130 II 3.

[8]) RG. 58, 130; 97, 291; 98, 348; JW. 1904, 360; 1905, 131; 1910, 619.

[9]) JW. 1910, 580.

[10]) JW. 1906, 620.

[11]) GruchBeitr. 45, 1018.

[12]) RG. 101, 102; LZ. 19, 1284 (Frankfurt).

[13]) Recht 1908 Nr. 1200.

[14]) JW. 1912, 869.

[15]) RG. 100, 74.

[16]) RG. Warn. 11 Nr. 330; RGRKomm. Bem. 1 und 5 zu § 1004.

[17]) RG. 50, 226 (hier allerdings nur bezüglich der von einer Petroleumraffinerie drohenden Explosionsgefahr und der dadurch herbeigeführten Entwertung des Nachbargrundstücks) und namentlich RG. 63, 374 (Schadensersatzpflicht für den durch Rohrbruch einer Gasanstalt entstandenen Schaden abgelehnt).

[18]) GruchBeitr. 54, 412 (RG.); JW. 1912, 869 (RG.); vgl. auch die vom RG. unbeanstandet gelassene Ausführung des OLG. im Fall RG. 101, 102.

weder die Ersatzpflicht verneinen oder nach anderen Gründen suchen.

Wir werden gleich sehen, daß auch in anderen Fällen die vom RG. beigebrachte Begründung der Gefährdungshaftung nicht zum Ziele führt.

Zumeist — namentlich bei Schadensfällen infolge Funkenflugs — beschränkt sich das RG. auf die ganz allgemein gehaltene Unterstellung, daß dem durch Funkenflug geschädigten Eigentümer des Grundstückes der ihm nach dem ordentlichen Recht zustehende Abwehranspruch entzogen und ihm dafür als Ersatz der Entschädigungsanspruch zuzubilligen sei. Eine Untersuchung darüber, welcher Art dieser Abwehranspruch in concreto gewesen sei, und ob damit die den Brandschaden vermittelnde Einwirkung des Funkenflugs nach ordentlichem Recht auch wirklich hätte abgewehrt werden können, fehlt regelmäßig obwohl dieser Nachweis vom Standpunkt des RG. unerläßlich gewesen wäre. Im Falle JW. 1910, 619 machte die Revision gegen die Verurteilung zum Schadensersatz wegen Funkenauswurfes mit Recht geltend, daß, wenn sich die Entschädigung als Ersatz für die entzogene Eigentumsklage darstellte, im einzelnen Falle zu prüfen sei, ob dem Kläger der Anspruch aus § 1004 zugestanden hätte. In jenem Fall war ein Funke aus der Lokomotive einer Kleinbahn auf ein 50 m vom Schienenstrang entferntes Gebäude geworfen worden und hatte dort gezündet. Die Revision führte aus, daß Funken unter normalen Verhältnissen in einer Entfernung von 50 m nicht mehr zu zünden pflegen und daher nicht als wesentliche Beeinträchtigung zu erachten, übrigens auch nichts ungewöhnliches seien. Deshalb könne der Grundeigentümer die Zuführung von Funken nicht verbieten (§ 906), auch sei bei der außergewöhnlichen Natur des Ereignisses (Sturmwind) eine Besorgnis der Wiederholung, die nach § 1004 erforderlich ist, nicht gegeben. — Das RG. hat diesen Revisionsangriff zurückgewiesen. Der Einwand, daß Funken im allgemeinen unter § 906 fallen, wurde mit der Bemerkung abgetan, daß der Funkenauswurf wegen seiner Gefährlichkeit zu den Einwirkungen, die § 906 unter Umständen zuläßt, überhaupt nicht gerechnet werden könne. Damit geht das RG. entschieden zu weit. Es kommt ja nicht nur der Funkenflug aus Lokomotiven, sondern auch aus Schornsteinen in Betracht. Er läßt sich auch durch Funkenfänger nicht völlig ausschließen, und ich möchte einem Grundeigentümer, auf dessen Eigentum hie und da einmal ein aus dem Schornstein des Nachbarhauses kommender Funke getragen wird, nicht raten, deshalb eine Abwehrklage zu stellen. Was aber die nach § 1004 erforderliche Besorgnis der Wiederholung anlangt, so setzt sie begriffsmäßig voraus, daß vor dem zündenden Funken schon einmal ein Funke auf dasselbe Grundstück aus der gleichen Immissionsquelle gelangt ist[19]). Darüber schweigt das RG. — Selbst wenn dies in dem zur Entscheidung stehenden Fall nachweisbar gewesen wäre, so läßt sich doch der Fall denken, daß dieser dem Kläger obliegende Nachweis nicht zu erbringen ist. Man braucht sich nur die Entfernung noch etwas größer vorzustellen als 50 m, dann ist es wohl denkbar, daß der erste Funke, der aus einer Lokomotive auf das betreffende Grundstück durch einen Sturm getragen wird, zündet. Bei einem solchen Schadensfall wäre mit der Konstruktion des RG. nicht zu helfen.

Noch deutlicher zeigt sich die Anfechtbarkeit der reichsgerichtlichen Konstruktion, wenn man unterstellt, daß zur Zeit des Eintritts des Schadens nach allgemeinem Recht der Anspruch auf Unterlassung bestanden hat, jedoch nicht geltend gemacht worden war, während eine Sondernorm, durch welche der Unterlassungsanspruch entzogen ist, fehlt. Wenn z. B. vor der Schädigung durch Sprengung beim Bau eines Privatwegs schon eine Einwirkung durch abgesprengte Steine auf das Nachbargrundstück erfolgt war, bestand von da ab der Unterlassungsanspruch. Durch keine gesetzliche Vorschrift ist dieser Anspruch entzogen. Dem Eigentümer des Nachbargrundstückes ist die vorausgegangene Einwirkung unbekannt geblieben. Ein Verschulden des Unternehmers an dem Schaden liegt nicht vor. Bei Durchführung der reichsgerichtlichen Gedankengänge wäre kein Ersatz zu leisten, so daß also bei bestehendem Unterlassungsanspruch der Geschädigte schlechter stehen würde, als nach seiner Entziehung durch Sondergesetz.

[19]) Vgl. RG. Warn. 11 Nr. 330; RGRKomm. Bem. 1 und 5 zu § 1004.

Im Falle RG. 100, 74 hat das RG. Ersatzpflicht für die durch den Absturz eines Flugzeuges verursachte Beschädigung des Grundstückes (Durchschlagen des Daches) zugebilligt. Aus § 905 wird das Recht des Eigentümers abgeleitet, das Überfliegen seines Grundstückes in noch so großer Höhe zu verbieten. Aber mit der Einräumung des Verbietungsrechtes ist noch nicht ohne weiteres der Abwehranspruch gegeben. Auch hier muß eine Beeinträchtigung — Überfliegen des betroffenen Grundstückes — vorausgegangen sein, bevor der Anspruch auf Unterlassung einer weiteren Beeinträchtigung zusteht[20]). Wie nun, wenn das betreffende Grundstück bei dem Absturz zum ersten Male überflogen wird? Und wie hat man in Anwendung der reichsgerichtlichen Konstruktion zu entscheiden, wenn das Grundstück überhaupt nie, auch nicht vor dem Absturz, überflogen wurde, da das Flugzeug erst im Absturz durch den Wind auf jenes Grundstück getrieben wurde? Dann bestand sicher kein Abwehranspruch[21]). Wenn er aber bestehen würde, wo ist die Sonderrechtsnorm, durch die er entzogen wird? Das RG. antwortet darauf: Wenn alle Grundeigentümer das ihnen zustehende Verbietungsrecht ausüben würden, so würde dies zu einer völligen Unterbindung des Luftbetriebes führen. Weil aber der Luftfahrtbetrieb ein wirtschaftlich wertvolles, bis zur Unentbehrlichkeit auszubildendes Verkehrsmittel sei, auf welches die Allgemeinheit nicht verzichten könne, deshalb müsse das Verbietungsrecht des einzelnen hinter dem Interesse der Allgemeinheit zurückstehen und könne nicht ausgeübt werden. Also wird erst ein Verbietungsrecht künstlich konstruiert, dann wird das Verbietungsrecht zerschlagen, wobei das entziehende „Sondergesetz" nicht erwähnt wird[22]). So ist der Abwehranspruch entzogen und die Theorie gerettet.

Andererseits ist vom RG. anerkannt, daß dem Eigentümer das Recht, ein Überfliegen in geringer Höhe zu verbieten, mit Rücksicht auf die Belästigung durch Lärm, zusteht[22a]), also nicht entzogen ist. Somit besteht vom Standpunkt des RG. aus kein vom Verschulden losgelöster Ersatzanspruch, wenn das Flugzeug aus geringer Höhe abstürzt. Erfolgt dagegen der Sturz aus großer Höhe, dann besteht die Haftung. Also wird für die Folgen einer zulässigen Einwirkung gehaftet, für die Folgen einer unzulässigen Einwirkung dagegen nicht. Das kann unmöglich Rechtens sein.

Damit dürfte dargetan sein, daß die Begründung, welche das RG. für den von ihm in gleichförmiger Rechtsprechung aufgestellten Rechtssatz gibt, nicht stichfest ist. Von dieser Unrichtigkeit der Begründung wird die Gültigkeit der aufgestellten Rechtssatzung selbst nicht berührt. Denn hier handelt es sich um ein durch Gerichtsgebrauch anerkanntes Gewohnheitsrecht. Seitdem das RG. die Gültigkeit dieses Rechtssatzes für das neue Recht erstmals[23]) aufgestellt hat, fand es die willige Gefolgschaft der gesamten Rechtsprechung. In all den Fällen, in welchen sich daraufhin das RG. mit dieser Frage beschäftigt hat, hatte schon das Berufungsgericht diesen Rechtssatz seiner Entscheidung zugrunde gelegt, und eine Aufhebung ist nur insoweit erfolgt, als das Berufungsgericht daraus Folgerungen gezogen hatte, die dem RG. zu weit gingen[24]). In der Rechtslehre wurden zwar vereinzelt zunächst gegen die Aufstellung des Rechtssatzes Bedenken erhoben[25]), aber so beachtlich diese Bedenken waren, sie wurden nicht beachtet, während der vom Reichsgericht aufgestellte Rechtssatz, so unzulänglich seine Begründung war, gutgeheißen und allenthalben angewendet wurde. Die vereinzelt erhobene Kritik, der das unfruchtbare Ankämpfen gegen ein vernünftiges, ja wirtschaftlich notwendiges Ergebnis keine Freude machen konnte, verstummte. Heute muß die Geltung

[20]) RG. Warn. 11 Nr. 330; RGRKomm. Bem. 1 und 5 zu § 1004.

[21]) Die bloße Gefährlichkeit gewährt nicht einmal gegenüber einer Anlage einen Abwehranspruch. RG. 50, 225; SeuffArch. 57 Nr. 191; OLG. 4, 55.

[22]) In Wahrheit besteht kein Verbietungsrecht; es ist aber nicht durch eine Sondernorm, sondern durch die allgemeine Vorschrift des § 905, evtl. des § 826 entzogen. § 905 setzt ein schutzwürdiges Interesse voraus (vgl. RG. 97, 27; SeuffArch. 71, 89).

[22a]) RG. 97, 25.

[23]) RG. 58, 130.

[24]) Vgl. insbes. RG. 63, 374 (Schadensersatz für den durch Rohrbruch einer Gasanstalt entstandenen Schaden).

[25]) Fuld, PucheltsZ. 1905, 616; vgl. Recht 1904, 330 und 617 und die 2. Aufl. meines Bayr. Nachbarr. 239.

der vom RG. aufgestellten Rechtssatzung als unbestritten und durch langjährige gleichförmige Übung der deutschen Gerichte als ein durch Gerichtsgebrauch anerkanntes Gewohnheitsrecht erachtet werden. Die verbindliche Kraft eines solchen Gewohnheitsrechtes kann nicht in Zweifel gezogen werden[26]).

Der Inhalt dieses Reichsgewohnheitsrechtes kann jedoch nicht seiner **Begründung**[27]) entnommen werden. Er muß der Gesamtheit der Tatbestände entnommen werden, für welche die Schadensersatzpflicht ohne Verschulden anerkannt wurde.

Hierbei sind zwei Gruppen zu unterscheiden. In die erste Gruppe sind die Fälle einzureihen, in welchen der geschädigte Grundeigentümer **in concreto** in der Lage gewesen wäre, die Einwirkung, durch welche der Schaden verursacht wurde, durch Klage abzuwehren, wenn ihm nicht der Abwehranspruch durch eine Sondervorschrift versagt wäre. Für diese Fälle trifft auch die reichsgerichtliche **Begründung** des Rechtssatzes zu. Hierher gehört der Ersatz der Schäden, die durch die fortdauernde Beeinträchtigung durch Ruß und Rauch des Eisenbahnbetriebes[28]) oder durch den Lärm des Rohrpostbetriebes[29]), oder durch abirrende Kugeln eines Militärschießstandes[30]), oder durch die Anlage eines Eisenbahntunnels unter einem Hause[31]) verursacht sind.

Der zweiten Gruppe dagegen sind jene Fälle einzureihen, in welchen dem Grundeigentümer zur Zeit der schädigenden Einwirkung auch nach ordentlichem Recht eine Klage auf Abwehr dieser Einwirkung nicht zustand. Hierher gehören Funkenflug aus Lokomotiven, Explosion und Absturz eines Flugzeuges. In allen diesen Fällen hat das RG. die Ersatzpflicht anerkannt, auch wenn der Eigentümer schon nach ordentlichem Recht der Einwirkung gegenüber völlig machtlos war. Daran ändert der Umstand nichts, daß das RG. durch Ausschweigen oder durch Unterstehen unter einer auf Rechtsirrtum beruhenden tatsächlichen Feststellung die Fiktion aufrechtzuerhalten sucht, als ob der Eigentümer nach ordentlichem Recht die Einwirkung hätte abwehren können.

Wenn man nun die einzelnen Anwendungsfälle ins Auge faßt, so fällt als das allen Gemeinsame ein Doppeltes auf: Einerseits handelt es sich — beim Ausschluß eines Verschuldens — um unabwendbare Ereignisse, also um Unglücksfälle, und andererseits um Ereignisse, die doch nicht als reine Zufälle, sondern als Auswirkung der mit dem betreffenden Betrieb verbundenen, diesem Betrieb eigentümlichen Gefahren zu erachten sind. Damit sind aber die Merkmale der Gefährdungshaftung in dem Begriff, wie er in der Rechtslehre herausgearbeitet wurde, bloßgelegt. In der Tat sind diese Kriterien vom RG. in jedem der in Betracht kommenden Fälle (Funke, Explosion, Flugzeug) herausgestellt worden.

So hat das Reichsgericht im Falle des Brandschadens durch Funkenflug aus einer Lokomotive infolge Sturmwindes ausgesprochen, daß Unfälle, die in dem regelmäßigen Eisenbahnbetrieb und den damit verbundenen eigentümlichen Gefahren ihren Grund haben, und mit denen man, weil sie nicht ganz ungewöhnlich sind, rechnen muß, nicht als höhere Gewalt oder unabwendbarer Zufall zu erachten sind[32]). Und ebenso hat im Falle des Absturzes eines Flugzeuges das RG. den Anspruch auf Erstattung „des durch die Betriebsgefahren angestifteten Schadens" mit dem Beifügen zugesprochen, daß sich der Unternehmer auf höhere Gewalt zum mindesten dann nicht berufen könne, wenn das schädigende Ereignis auf Ursachen zurückzuführen ist, die im Bereich der mit dem Luftverkehr verbundenen Gefahren liegen[33]). Hiermit ist der Begriff der „spezifischen Betriebsgefahren" im Sinne der Gefährdungshaftung zutreffend umschrieben[34]). Das Gegenstück finden wir in der Ablehnung der Haftung für den durch Rohrbruch eines Gaswerks herbeigeführten Schaden. Hier stellt das Reichsgericht den Eisenbahnbetrieb, der nicht anders als unter Auswurf von Rauch und Funken erfolgen kann, der Versorgung einer Stadt mit Gas durch Leitungsröhren gegenüber, durch welche bei ordnungsgemäßem Betrieb nur beim Eintritt von **Zufällen**, denen alle menschlichen Einrichtungen unterliegen, ein Schaden angerichtet werden könne[35]). Hier ist ganz deutlich die grundsätzliche Anwendung der für die Gefährdungshaftung erforderlichen Voraussetzungen ersichtlich. Und wenn man sich diese Tragweite des vom RG. nur zur Widerlegung eines Einwandes so nebenbei angeführten Grundes zum Bewußtsein kommen läßt, entfällt der Eindruck, daß sich diese Entscheidung des RG. nicht verträgt mit seinen übrigen Entscheidungen. Auch in dieser Entscheidung hat sich ja das RG. bemüht darzutun, daß die Ersatzpflicht nur deshalb nicht bestehe, weil kein Abwehranspruch entzogen sei. Den wahren, der Gefährdungshaftung entnommenen Grund der Ablehnung des Ersatzanspruches deckt das RG. auf, indem es sagt, es fehle daran, daß die Kläger „unabwendbaren Folgen eines gefährlichen Betriebes" schutzlos preisgegeben wären; die Versorgung einer Stadt mit Gas könne bei ordnungsgemäßem Betriebe, also in Ermangelung eines Verschuldens, nur beim Eintritt von Zufällen, denen alle menschlichen Einrichtungen unterliegen, einen Schaden anrichten[36]). Kurz gesagt: Es handelt sich nicht um eine spezifische Gefahr.

In anderen Entscheidungen sind dem RG. die rechtspolitischen Gründe, durch welche die Gefährdungshaftung gegenüber der Verschuldungshaftung gerechtfertigt wird, aus der Feder geflossen. Im Falle RG. 101, 102 (Explosion einer Sprengstoffabrik) sagt das RG.: „Auch die Billigkeitserwägungen, die der BR. aus den großen Gewinnen der Beklagten herleitet, ohne übrigens damit einen für die Entscheidung maßgebenden Gesichtspunkt aufzustellen, werden nicht durch den Hinweis ausgeschaltet, daß andere Betriebe noch größeren Gewinn gemacht hätten, ohne mit der Tragung der aus dem Betriebe für andere entspringenden Gefahren belastet zu werden. Andererseits sprechen die wirtschaftlichen Gründe, die namentlich im Urteil des OLG. Frankfurt (LZ. 1919, 1284) hervorgehoben sind, in hohem Maße für die Unentbehrlichkeit einer Entschädigungspflicht der Sprengstoffabriken gegenüber dem Grundstückseigentümer in solchen Fällen, in denen die ganze wirtschaftliche Existenz des gesamten, im weiten Umkreis einer derartigen Fabrik belegenen Grundbesitzes gefährdet war, ohne daß dieser während des

---

[26]) RGRKomm. Bd. 1 S. 9 u. 10; **Staudinger** Bd. 1 S. 12 f. und Bd. 6 S. 11 mit Nachweisen. Vgl. JW. 1902, 94, wo das RG. zwar ausspricht, daß durch bloßen Gerichtsgebrauch, der auf unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts zurückzuführen ist, ein von diesem abweichendes Gewohnheitsrecht nicht begründet werden könne, aber demgegenüber in der Anerkennung durch die Rechtslehre und in dauernder Anwendung durch die Gerichtshöfe mehr als einen bloßen Gerichtsgebrauch erblickt. Es kann also durch einen Gerichtsgebrauch das Rechtsbewußtsein der Gemeinschaft erzeugt werden; wird dann der Rechtssatz von der Rechtslehre und der Rechtsprechung dauernd anerkannt, so ist Gewohnheitsrecht begründet.

[27]) Vgl. SeuffArch. 15 Nr. 217 (Stuttgart): „Wo als Grund und Zweck eines Gerichtsgebrauchs der Wille sich darstellt, durch den aufgestellten Rechtssatz einem Rechtsbedürfnis zu genügen und das Rechtssystem mit dem lebendigen Rechtszustande zu versöhnen, bildet der Gerichtsgebrauch eines der sichersten Erkenntnismittel des Bestehens eines Gewohnheitsrechts." Wenn den Entscheidungen der äußere Schein einer bloßen Auslegung und Anwendung des geschriebenen Rechts gegeben werde, so sei in Wirklichkeit nicht in dieser Auslegung der Grund und Anlaß der Aufstellung des fraglichen Rechtssatzes zu suchen, sondern in der Erkenntnis eines vorhandenen Rechtsbedürfnisses. „Die Berufung auf Stellen des geschriebenen Rechts stellt sich daher nur als ein unrichtiges Mittel dar, den als ein Bedürfnis des Verkehrslebens erkannten Rechtssatz zur Geltung zu bringen. Hierdurch wurden aber die Aussprüche ihrer Bedeutung als Ausdruck einer im Volk lebenden Rechtsüberzeugung nicht entkleidet ... und es muß daher der durch sie sanktionierte Rechtssatz als Gewohnheitsrecht aufrechterhalten bleiben, wenn auch die versuchte wissenschaftliche Begründung desselben als unhaltbar sich erwiesen hat." Zustimmend **Regelsberger**, Pand. S. 97.

[28]) JW. 1910, 580.

[29]) JW. 1906, 620.

[30]) GruchBeitr. 45, 1008.

[31]) JW. 1912, 869.

[32]) JW. 1910, 619.

[33]) RG. 100, 74.

[34]) Daß das RG. in der Tat die Grundsätze der Gefährdungshaftung anwendet, ergibt sich auch daraus, daß es den Ersatzanspruch der kurzen Verjährung des § 852 unterstellt. Für den Anspruch aus der Gefährdungshaftung, der quasideliktische Natur hat, ist die kurze Verjährungsfrist des deliktischen Ersatzanspruches das Gegebene. Stellt sich aber der Schadensersatzanspruch als ein Ersatz-Rechtsbehelf für den entzogenen Anspruch aus § 1004 dar, dann müßte eben hierauf die für den entzogenen Anspruch geltende dreißigjährige Verjährungsfrist angewendet werden.

[35]) RG. 63, 374.

[36]) Diese Ausführungen beziehen sich nur auf die Gasleitungsröhren, nicht auch auf die Gasbehälter.

Krieges sich durch die sonst gegebenen Rechtsbehelfe schützen konnte." Während hier zum Schluß der Ersatz für die Entziehung des Abwehranspruches wieder zu Ehren kommt, ist das RG. vorher aus der Rolle seiner Rechtskonstruktion gefallen. Ob diese Billigkeitserwägungen nicht doch trotz der gegenteiligen Beteuerung maßgebenden Einfluß auf die Entscheidung geübt haben, ist der Nachprüfung entzogen. Aber so viel ist gewiß, in diesen Erwägungen liegt die Rechtfertigung des Gefährdungsprinzips als Rechtsgrundsatzes.

In der zweiten Gruppe der einschlägigen Entscheidungen des RG. sind in der Tat alle die Rechtsgrundsätze zur Anwendung gebracht, welche den Inhalt der Gefährdungshaftung bilden, und das ist entscheidend. Denn dadurch, sowie durch die damit im Einklang stehenden Entscheidungen der übrigen deutschen Gerichte und die sich damit deckende Rechtslehre ist ein Reichsgewohnheitsrecht anerkannt mit folgender Rechtssatzung:

Der Unternehmer[37]) eines gefährlichen Betriebes haftet auch ohne Verschulden auf Schadensersatz für die Schädigungen, die durch Auswirkung der mit seinem Betrieb verbundenen, diesem Betrieb eigentümlichen Gefahren verursacht sind. Es muß sich um eine Gefahr handeln, die durch keinerlei Einrichtungen völlig ausgeschlossen werden kann. Die Gefährdungshaftung erstreckt sich nicht auf einen bloßen Zufall, aber ein solcher Zufall liegt eben dann nicht vor, wenn die Gefahr dem Betrieb in der Art eigentümlich ist, daß mit der jederzeitigen Verwirklichung der Gefahr gerechnet werden muß. Ist diese Voraussetzung gegeben, dann kommt es auf die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit einer Entladung dieser spezifischen Betriebsgefahr nicht an, wohl aber auf den größeren oder geringeren Grad der Schäden, welche drohen. Nur wenn ernste Schäden von der Verwirklichung der Betriebsgefahr zu befürchten sind, liegt eine Gefährdung im Sinne des Gefährdungsprinzips vor. Es muß sich um eine „gemeine" Gefahr handeln, der gegenüber die Allgemeinheit machtlos ist. Auf die tatsächliche, nicht auf die rechtliche Machtlosigkeit kommt es an. Sind aber überhaupt nach der Art der Betriebsgefahr erhebliche Schäden von einer Betriebsart zu gewärtigen, dann tritt im Einzelfall die Haftung ein, auch wenn der verursachte Schaden ein geringer ist. Diese Gefährdungshaftung umfaßt nicht nur den Sachschaden, sondern auch Verletzung von Personen. Dagegen könnte bei einer folgerichtigen Durchführung der reichsgerichtlichen Konstruktion das Leben keinen Schutz finden[38]). Ein Grund mehr für ihre Ablehnung; denn es wäre für das Rechtsbewußtsein unerträglich, wenn wohl für beschädigte Dachziegel Ersatz geleistet werden müßte, nicht aber für vernichtete Menschenleben.

Das Akkreditiv.

Von Justizrat Dr. Wolff, Breslau.

Der Geschäftstyp, von dem hier gehandelt werden soll, pflegt sich in folgenden Rechtsvorgängen abzuwickeln:

1. Bei einem Lieferungsgeschäft wird dem Käufer die Verpflichtung auferlegt, für den Kaufpreis bei einer bestimmten Bank ein „Akkreditiv" zugunsten des Verkäufers zu „stellen".
2. In Erfüllung dieser Vereinbarung beauftragt der Käufer (direkt oder durch Vermittelung einer anderen Bank) die vom Verkäufer bestimmte Bank, gegen Vorlegung gewisser Dokumente (Frachtbrief, Rechnung) an den Verkäufer (Akkreditierten) eine Zahlung zu leisten.

Daran knüpft sich in der Regel von seiten der beauftragten Bank außer der Erklärung der Annahme des Auftrags noch

3. eine Mitteilung der Akkreditivbestellung an den Akkreditierten.

Nicht selten folgt hierauf

4. ein Auftrag des Akkreditierten an die Bank das Akkreditiv zu übertragen
   a) auf einen anderen Begünstigten (Zweitakkreditierten),
   b) bei einer anderen Bank.

und

5. die Bestätigung der Akkreditivübertragung seitens der zuerst beauftragten Bank (im Falle 4b auch seitens der zweiten Bank) an den Erstakkreditierten und den Zweitakkreditierten (nicht auch an den ersten Auftraggeber).

Dieser Geschäftstyp ist gemeint, wenn jetzt im Handelsverkehr von „Akkreditiv" die Rede ist, für ihn ist „Akkreditiv" der technische Ausdruck der Handelswelt geworden, und auch die Rechtssprache wird sich entschließen müssen, die Bezeichnung „Akkreditiv" ausschließlich diesem Geschäftstyp vorzubehalten, wenn nicht Verwirrung entstehen soll.

Dieses Akkreditiv, das früher im Inlandsverkehr so gut wie unbekannt war und einen Vorläufer nur im Bankrembours des Auslandsgeschäfts hatte (mit dem es aber trotz vieler Ähnlichkeit nicht identisch ist), hat sich erst während des Krieges im deutschen Inlandsgeschäft entwickelt[1]). Es spielt im Warenhandel jetzt bereits eine wichtige Rolle, ist der Welt des Großhandels allgemein geläufig, ist auch gelegentlich schon in der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgetaucht — in der juristischen Literatur aber ist es noch fast unbekannt. Die 10. Auflage von Staub z. B. kennt das hier gemeinte „Akkreditiv" noch nicht, sondern identifiziert „Akkreditiv" mit „Kreditbrief" und „Akkreditierung" (Anm. 64 zu § 349 und Anm. 4 zu § 363) und behandelt im übrigen nur den Bankrembours (Wechselrembours) im Auslandsgeschäft (Anm. 65ff. in den Vorbem. zu § 373). Nur erst neuestens (Bankarchiv 1921 Nr. 17 und 18) hat Alfred Jacoby dem Akkreditiv eine erstmalige systematische Bearbeitung gewidmet, deren besonderer Wert in der Darstellung der vielgestaltigen Formen und Funktionen des Akkreditivgeschäfts liegt. Fast gleichzeitig erschien in HansRZ. 1921, 609ff. eine Abhandlung von Ritter „Vom Akkreditiv". Schließlich ist noch ein Aufsatz von Sippel in Bankarchiv 1920, 96ff. über „Pfändungen von Guthaben, auf denen Akkreditive laufen", zu erwähnen. Immerhin ist die Lehre vom Akkreditiv noch juristisches Neuland; ihre nachstehende Behandlung ist weniger auf Vollständigkeit als auf Herausarbeitung der konstruktiven Grundlagen und auf Erörterung einzelner, für die Praxis besonders wichtiger Zweifelsfragen bedacht.

I. Rechtsverhältnis zwischen dem Besteller des Akkreditivs und der Bank.

1. Unser Akkreditiv ist nicht ein Kreditauftrag nach § 778 BGB., denn weder soll die Bank dem Akkreditierten „Kredit" geben (sondern sie soll solutionis causa an ihn leisten), noch soll sie für eigene Rechnung an ihn zahlen, sondern für Rechnung des Bestellers.

Das Akkreditiv ist auch keine Anweisung nach § 783 BGB.[2]). Es kann allerdings in die Form der Anweisung gekleidet werden, wenn nämlich der Besteller das an die Bank gerichtete Akkreditierungsschreiben dem Akkreditierten aushändigt, damit dieser es der Bank vorlege. Aber das ist — im Gegensatz zum Kreditbrief, der eine Anweisung ist, — beim Warenakkreditiv nicht üblich, sondern der Besteller richtet das Akkreditierungsschreiben unmittelbar an die Bank. Dann fehlt es aber an der wesentlichen Voraussetzung der Anweisung: Aushändigung der Anweisungsurkunde an den Anweisungsempfänger[3]).

---

[37]) Auch die Passivlegitimation des Unternehmers für den Ersatzanspruch deckt sich mit dem Standpunkt des RG. Danach ist ersatzpflichtig derjenige, dem der Vorteil der Entziehung des Abwehranspruches zugeht (JW. 1905, 131 und 1910, 619; RG. 98, 347). Das ist derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb geht (RG. 1, 280; 12, 145; 38, 92).

[38]) Erfolgt die Verletzung einer Person beim Betrieb der Eisenbahn, so besteht die Haftpflicht nach dem Reichshaftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871.

[1]) Über die Anfänge des Akkreditivrechts und seine Behandlung in der Rechtsprechung der Vorkriegszeit vgl. Ritter, HansRZ. 1921, 611.

[2]) So auch RG. v. 5. Juni 1919 in LZ. 1920, 230. Die gelegentliche Bemerkung in RG. III v. 31. Mai 1918 im „Recht" 1918 Nr. 1150: „einerlei ob man in dem Akkreditiv einen Kreditauftrag (§ 778) oder eine Anweisung (§ 783) erblickt", geht in beiden Alternativen fehl.

[3]) Auch Ritter a. a. O. erkennt das an, nennt aber das Akkreditiv doch eine Anweisung im „allgemeinen" Sinne und versucht von da aus auch Einzelfragen nach Analogie der echten Anweisung zu lösen. Nun ist aber die Anweisung des BGB. ein so fest umgrenzter Tatbestand, daß ihre Regeln auf andere Rechtsvorgänge, die man in einem allgemeinen, wirtschaftlichen Sinne allenfalls auch als Anweisung bezeichnen kann, keineswegs passen. Für Akkreditivfragen ist jedenfalls die Analogie der Anweisung ein ganz unsicherer Rechtsboden.

Das Akkreditiv ist vielmehr: Auftrag zu einer Geschäftsbesorgung. Da dieser Auftrag stets entgeltlich ist (die Bank berechnet Provision), so entsteht durch Annahme des Auftrags zwischen dem Besteller und der Bank ein Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§ 675 BGB.).

2. Rechte und Pflichten zwischen Bank und Besteller ergeben sich somit aus den Vorschriften über den Werkvertrag in Verbindung mit § 675 und den dort genannten Vorschriften über den Auftrag.

a) Die Haftung der Bank: Abweichung vom Auftrag.

„Ein besonderer Rechtscharakter der Strenge wohnt dem Akkreditiv nicht inne; das Rechtsverhältnis steht, wie jedes andere schuldrechtliche Verhältnis, für das besondere Ausnahmeregeln nicht geschaffen sind, unter den Regeln der §§ 133, 157, 242 BGB." (RG. in LZ. 1920, 230). Immerhin muß für die Ausführung eines Akkreditivs besondere Sorgfalt und Genauigkeit von der Bank gefordert werden. Die Bestimmung des § 665 BGB., wonach der Beauftragte von den Weisungen des Auftraggebers abweichen darf, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen werde, gilt zwar auch für die Akkreditivbank, aber die Bank wird im allgemeinen kaum in der Lage sein, sich über die Zulässigkeit einer Abweichung ein Urteil zu bilden, weil ihr das dem Akkreditiv zugrunde liegende Rechtsverhältnis meist nicht oder nicht ausreichend bekannt ist.

Der Akkreditivsteller pflegt die Bedingungen der Zahlung bei Erteilung des Auftrags mehr oder minder genau anzugeben. Meist ist zu zahlen gegen Vorlegung eines bahnamtlich abgestempelten, mit bahnamtlichem Wiegevermerk versehenen Duplikatfrachtbriefs über Absendung gewisser nach Art, Menge oder Gewicht näher bezeichneter Waren, von einem bestimmten Absender und einer bestimmten Station an eine bestimmte Adresse und Station. Aber die Genauigkeit und Vollständigkeit der Angaben über Art und Inhalt der „aufzunehmenden Dokumente" schwankt in der Praxis. Je genauer und vollständiger nun die Angaben des Auftrags sind, um so sorgfältiger wird die Bank sich an den Wortlaut halten müssen; scheinbar unerhebliche Abweichungen können in Wirklichkeit bedeutsam und folgenschwer sein und gehen auf Gefahr der Bank. Wo andererseits die Akkreditivbedingungen ungenau und unvollständig sind und zu Zweifeln Anlaß geben können, wird unter Umständen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns sich mit bloß wörtlicher Befolgung nicht begnügen dürfen. Lehrreich ist der folgende, in RG. 97, 144 entschiedene Fall:

Als Akkreditivbedingung war gestellt: „Auslieferung des Frachtbriefs und Verladedokuments über 400 Zentner holländischen Rückenspecks". Die Akkreditivbank hatte Zahlung geleistet gegen zwei Frachtbriefe (ohne Verladedokumente) über „halbe gesalzene Färken" und „gesalzenes Schweinefleisch", und zwar lediglich auf die Versicherung des Akkreditierten, die Sendung enthalte tatsächlich Rückenspeck, und die abweichende Bezeichnung in den Frachtbriefen sei nur wegen des notwendigen Gleichlauts mit der holländischen Ausfuhrbewilligung gewählt worden. Rückfrage gemäß § 665 Satz 2 BGB. beim Akkreditivsteller war unmöglich gewesen, weil die Ware dann nicht mehr rechtzeitig hätte über die Grenze gehen können. Das Reichsgericht hat die Erstattungsklage der Bank für die von ihr geleistete Zahlung abgewiesen. Es erachtet die Abweichung vom Auftrag für unzulässig, die Sorgfaltspflicht durch Vertrauen auf die bloße Versicherung des Akkreditierten nicht für gewahrt. Diese Entscheidung wäre unbedingt zu billigen, wenn die gelieferte Ware tatsächlich nicht vertragsgemäßer Rückenspeck war. Aber gerade hierüber stand nichts fest, denn die Ware war gar nicht in den Besitz des Käufers gelangt, sondern sofort beschlagnahmt worden. Das Reichsgericht meint, es sei eine den „formalen und präzisen, rein bankmäßigen Auftrag" „nicht berührende" Frage, ob die beiden Wagen kaufvertragsgemäßen Rückenspeck enthielten oder nicht. Damit legt diese Entscheidung (im Gegensatz zu der oben zitierten) dem Akkreditiv einen Formalcharakter bei, den es als Auftrag zu einer Geschäftsbesorgung nicht besitzt. Sachlich kommt es nicht auf die Frachtbriefe an, sondern auf die Ware, deren Lieferung durch sie verbürgt werden soll, und zu deren Bezahlung das Akkreditiv bestimmt ist. Die richtige Ware ist wichtiger als der richtige Frachtbrief, das muß die Akkreditivbank auch als Auffassung ihres Auftraggebers, dessen Interesse sie als Geschäftsbesorgerin wahrzunehmen hat, unter allen Umständen ansehen dürfen. Formale Abweichungen vom Auftrag sind, wenn der sachliche Zweck des Auftrags trotzdem (oder vielleicht gerade nur dadurch) erreicht wird, nicht nur zulässig, sondern sogar geboten. Nun war allerdings in dem vom Reichsgericht entschiedenen Falle nicht der Käufer selbst der Akkreditivbesteller, sondern ebenfalls eine Bank, deren Vermittlung der Käufer für die Bestellung des Akkreditivs in Anspruch genommen hatte. Hierauf legt das Reichsgericht entscheidendes Gewicht; es führt aus, daß die auftraggebende Bank auch ihrerseits nur einen formalen Auftrag des Käufers ausgeführt habe, daß ihr nicht zugemutet werden könne, sich in dessen Geschäfte einzumischen, und daß sie deshalb „außerhalb" des ihr gar nicht bekannten Kaufvertrages und „außerhalb" aller diesen Kaufvertrag betreffenden Erörterungen stehe. Dem vermag ich nicht beizupflichten. Der Umstand, daß Akkreditivstellerin eine Bank ist, kann nichts ausmachen, sonst würde ja ein und dasselbe Akkreditiv verschiedenartige Pflichten der Akkreditivbank begründen, je nachdem der Käufer selbst oder in seinem Auftrag eine andere Bank das Akkreditiv bestellt hat. Das kann nicht sein. Ist das Akkreditiv, wenn es vom Käufer selbst bestellt wird, kein reines Formalgeschäft, so hat es diesen Charakter auch dann nicht, wenn es für den Käufer von einer Bank bestellt wird. Es ist in beiden Fällen eine Geschäftsbesorgung, die der Erfüllung eines Kaufvertrages dienen soll, und gemäß diesem ihrem Zweck von der Akkreditivbank zu behandeln ist. Diesem Zweck wird eine bloß formalistische Behandlung des Akkreditivauftrags nicht gerecht. Es ist zu bedenken, daß die Akkreditivbedingung „Duplikatfrachtbrief" eigentlich nur ein Notbehelf ist. Denn die Frachtbriefangaben über den Inhalt der Sendung werden bei Wagenladungen ohne besonderen Auftrag von der Eisenbahn nicht nachgeprüft. Der Frachtbrief beweist nur, daß irgend etwas verladen ist, er beweist aber nicht die Richtigkeit der Angaben über den Gegenstand der Verladung. Da nun aber keine Akkreditivbank sich herbeilassen würde, den Inhalt des Waggons selbst zu kontrollieren, so bleibt dem Käufer nichts weiter übrig, als die Frachtbriefangabe gelten zu lassen und seinen Akkreditivauftrag auf Vorlegung eines Frachtbriefs mit entsprechender Angabe abzustellen. Das ist aber immer nur ein unzulänglicher Ersatz für die vom Akkreditivbesteller eigentlich angestrebte Gewißheit der Lieferung der richtigen Ware. Wie sollte er also die Zahlung auf Grund des Akkreditivs nicht unter allen Umständen gegen sich gelten lassen müssen, wenn die richtige Ware geliefert ist? Materiell ist dann doch, trotz formaler Abweichung, die Akkreditivbedingung erfüllt und sogar mehr als erfüllt.

Man darf wohl wagen, diesen Rechtsgedanken noch allgemeiner zu fassen. Daß trotz abweichender Angabe des Frachtbriefs die akkreditivmäßige Ware geliefert wurde, ist ja nur ein besonderer Fall. Auch in anderen Punkten kann von den Akkreditivbedingungen abgewichen und dennoch ihr Zweck erreicht sein. So ist z. B. eine Abweichung des Frachtbriefs von der im Akkreditiv vorgeschriebenen Adresse unzulässig, sie berechtigt und nötigt die Bank, die Einlösung zu verweigern. (So mit Recht das RG. in LZ. 1920, 230.) Wenn nun die Bank dennoch den Frachtbrief mit der unrichtigen Adresse eingelöst hat, die Sendung aber trotzdem an die richtige Adresse gelangt ist, so ist nicht einzusehen, warum der Besteller die Einlösung nicht gegen sich gelten lassen müßte. Man wird sich also zu dem allgemeinen Satz bekennen müssen: Der Besteller muß die Einlösung des Akkreditivs auch bei formeller Abweichung von einer Akkreditivbedingung gegen sich gelten lassen, wenn die nicht formell erfüllte Bedingung materiell erfüllt ist. Das folgt aus dem Charakter des Akkreditivvertrages als eines bonae fidei negotium.

Dieser Grundsatz wird nun von besonderer Bedeutung in den Fällen der Frachtbrieffälschung, die im Akkreditivverkehr leider nicht selten ist. Es ist anerkannten Rechts und überdies typische Vertragsbedingung der Banken, daß sie für die Echtheit der eingelösten Dokumente nicht einzustehen haben, wenn die Fälschung nicht erkennbar war; sie haften nur für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei Prüfung der Echtheit. Es liegt nun nahe, daß der vom Akkreditierten betrogene Besteller in dem Bestreben, den Schaden auf die Akkreditivbank abzuwälzen, die Dokumente ganz besonders daraufhin prüft, ob sie (abgesehen von der Fäl-

schung) den Akkreditivbedingungen genau entsprechen, und daß er die geringste Abweichung, auch wenn sie mit der Fälschung in gar keinem Zusammenhang steht, zum Vorwand nimmt, um die Einlösung überhaupt nicht als Auftragsausführung gelten zu lassen. Die Praxis der Akkreditivbanken zeitigt solche Fälle fortwährend und in allen Varietäten. Ohne die in der Gestaltung des Einzelfalles liegenden Schwierigkeiten einer gerechten Entscheidung zu verkennen, wird man sich auch hier an den Grundsatz halten müssen, daß die materiell erfüllte Akkreditivbedingung auch als formell erfüllt zu gelten hat, und daß der Besteller unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen er die Einlösung eines echten Dokuments gelten lassen müßte, auch die Einlösung des gefälschten Dokuments gegen sich gelten lassen muß.

b) Widerrufliches und unwiderrufliches Akkreditiv.

In der Regel enthält der Akkreditivauftrag eine Bestimmung über die Widerruflichkeit. Ist er ausdrücklich als widerruflich oder ausdrücklich als unwiderruflich bezeichnet, so ist das maßgebend. Befristung des Akkreditivs auf eine bestimmte Zeitdauer bedeutet nicht bloß, daß der Auftrag nach Ablauf der Frist erlischt, sondern auch, daß er innerhalb der Frist nicht widerrufen werden kann (so auch Jacoby S. 248). Es fragt sich aber, wie es mangels einer ausdrücklichen Bestimmung mit der Widerruflichkeit steht.

Maßgebend ist nicht der § 671 BGB., nach welchem der Auftrag jederzeit widerruflich ist, denn für den Werkvertrag nach § 675 gilt § 671 nicht. (Wäre § 671 anzuwenden, so würde, da die Widerruflichkeit des Auftrags zwingendes Recht ist, ein „unwiderrufliches" Akkreditiv gar nicht möglich sein.) Maßgebend ist vielmehr § 649 Satz 1 BGB.: „Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werks jederzeit den Vertrag kündigen." Man würde also richtiger nicht von „Widerruflichkeit", sondern von „Kündbarkeit" des Akkreditivs sprechen (so auch Ritter S. 613). Auf dieses Kündigungsrecht kann der Besteller bei Vertragsschluß verzichten, und einen solchen Verzicht stellt die Bezeichnung des Akkreditivs als „unwiderruflich" dar. Nun kann aber der Verzicht auf das Kündigungsrecht bei einem Werkvertrage auch stillschweigend erklärt und aus den Umständen entnommen werden (RG. 86, 107; 92, 168). Nimmt man hinzu den § 157, wonach die Verkehrssitte für die Auslegung von Verträgen entscheidet, so stellt sich zur Frage: Ist nach der Verkehrssitte mangels einer ausdrücklichen Bestimmung über die Widerruflichkeit des Akkreditivs das Kündigungsrecht als ausgeschlossen oder als vorbehalten anzusehen? In Anbetracht der Tatsache, daß die ganz überwiegende Mehrzahl der Akkreditive auf eine gewisse Zeit unwiderruflich gestellt zu werden pflegt, daß in der Regel auch nur das unwiderrufliche Akkreditiv dessen handelstechnische Funktion zu erfüllen vermag, und daß die Fälle, in denen ein widerrufliches Akkreditiv zweckentsprechend ist, zu den Ausnahmen gehören, so wird man sich dahin entscheiden müssen, daß die Vermutung für die Unwiderruflichkeit spricht und der Besteller sich den Widerruf ausdrücklich vorbehalten muß. Ein Handelsgebrauch dieses Inhalts hat sich allerdings wohl noch nicht gebildet; Jacoby S. 248 erachtet z. B. die Widerruflichkeit als Regel. Aber die Zukunft dürfte wohl doch der vermuteten Unwiderruflichkeit gehören.

Ist nun die Bezeichnung des Akkreditivs als „widerruflich" nichts anderes als der ausdrückliche Vorbehalt des gesetzlichen Kündigungsrechts, so muß auch für den Zeitraum der Widerruflichkeit nach § 649 Satz 1 gelten: „Bis zur Vollendung des Werkes." Vollendet aber ist die der Bank übertragene Geschäftsbesorgung erst mit Einlösung des Akkreditivs. Folglich ist der Widerruf zulässig und von der Bank zu beachten, solange sie noch nicht gezahlt hat, mögen auch bei Eingang des Widerrufs die aufzunehmenden Dokumente schon eingegangen sein (a. A. Jacoby S. 267).

II. Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Akkreditierten.

1. Im Hinblick auf den Akkreditierten ist der zwischen dem Besteller und der Bank geschlossene Werkvertrag ein Vertrag zugunsten eines Dritten. Es fragt sich, ob es ein echter Vertrag zugunsten eines Dritten ist, bei dem der Akkreditierte ein unmittelbares Recht erwirbt.

a) Die Ansicht von Jacoby (S. 266) und Ritter (S. 616), daß eine Erfüllungsübernahme nach § 329 BGB. auf seiten der Bank vorliege und deshalb die gesetzliche Vermutung gegen den unmittelbaren Rechtserwerb des Akkreditierten spreche, vermag ich nicht zu teilen. Durch die Erfüllungsübernahme im Sinn des § 329 wird die Erfüllung ein eigenes Geschäft des Übernehmers; die von der Akkreditivbank übernommene Zahlung bleibt aber Geschäftsbesorgung für den Besteller, also Besorgung eines fremden Geschäfts.

b) Maßgebend ist also nur § 328 BGB., wonach Parteiwille und Geschäftszweck darüber entscheiden, ob der Dritte ein unmittelbares Recht erwirbt und ob es ohne seine Zustimmung von den Vertragschließenden aufgehoben oder geändert werden kann. Nun ist auch beim Akkreditiv dem Parteiwillen natürlich keine Schranke gezogen, der Besteller kann also den unmittelbaren Rechtserwerb des Akkreditierten ausschließen, er kann, auch wenn er dem Akkreditierten ein unmittelbares Recht einräumt, sich dessen Aufhebung und Änderung vorbehalten, z. B. durch die Erklärung, das Akkreditiv sei widerruflich. Liegt aber ein erklärter Parteiwille nicht vor, dann führt der Geschäftszweck dazu, den unmittelbaren Rechtserwerb des Akkreditierten anzunehmen, und zwar aus den gleichen Erwägungen, die oben I 2b für die Unwiderruflichkeit des Akkreditivs angeführt wurden. Man darf das Bestehen einer Rechtsüberzeugung der Kaufleute behaupten, daß ein Akkreditiv, auch wenn es nicht bestätigt ist, dem Akkreditierten ein unmittelbares und im Zweifel unwiderrufliches Recht gewährt. Der versierte Kaufmann wird allerdings auch noch die Bestätigung fordern (siehe nachstehend zu 2). Aber gerade weil die Bestätigung regelmäßig gefordert wird und erfolgt und dadurch regelmäßig das unmittelbare Recht des Akkreditierten außer Zweifel steht, hält der Kaufmann das unmittelbare Recht des Akkreditierten für selbstverständlich, die Bestätigung durch die Bank eben nur für eine Bestätigung seines Rechts, nicht für dessen Grundlage. Hat er sichere Kenntnis von der Bestellung des Akkreditivs — wenn auch nicht durch formelle Bankbestätigung —, so darf er vertrauen, daß ihm ein unmittelbares Recht erwachsen ist, das sich nicht deshalb wieder in nichts auflösen kann, weil es ihm von der Bank nicht formell bestätigt ist. Die Ansichten in dieser Frage sind allerdings sehr geteilt. Sippell a. a. O. sieht im Akkreditiv zwar einen Vertrag zugunsten eines Dritten, nimmt aber an, daß der Akkreditierte ein unmittelbares Recht nur erwerbe, wenn die Bank beauftragt ist, ihm das Akkreditiv auch zu bestätigen. Ritter will in keinem Falle ein unmittelbares Recht des Akkreditierten anerkennen[4]), Jacoby auf Grund des § 329 im Zweifel nicht. Alle diese Meinungen führen zu dem unerfreulichen, der Entwicklung des Akkreditivverkehrs abträglichen Ergebnis, daß der einheitliche Geschäftstyp, der sich in der Vorstellung der Kaufmannswelt mit dem Ausdruck „Akkreditiv" bereits verknüpft hat, in Wirklichkeit in zwei nach Rechtscharakter und handelstechnischem Wert sehr verschiedene Typen zerfiele, den einen, bei dem der Akkreditierte ein unmittelbares Recht gegen die Bank erwirbt, den anderen ohne dieses Recht. Vertrauen und Sicherheitsgefühl müßten erschüttert werden, wenn der Akkreditierte sich in Rechtsfragen vertiefen müßte, um Klarheit darüber zu gewinnen, ob er nun ein eigenes Recht habe oder nicht. Worauf es ankommt ist nur, ob die Bank den Akkreditivauftrag angenommen hat oder nicht. Hat sie das getan, sei es auch nur durch eine Erklärung gegenüber dem Besteller, so ist das unmittelbare Recht des Akkreditierten entstanden, es sei denn, daß der Besteller bei der Akkreditierung etwas Abweichendes ausdrücklich erklärt hat.

2. Absolut gesichert ist der Akkreditierte hierdurch allerdings noch nicht. Kann auch der Besteller mit der Bank nicht nachträglich die Aufhebung oder Abänderung des Rechts des Akkreditierten vereinbaren, so bleibt doch noch immer die Möglichkeit, daß der Akkreditivvertrag wegen Willensmängeln nichtig oder anfechtbar ist (z. B. wegen Betruges des Bestellers gegenüber der Bank). Da im Falle des § 328 BGB. das Recht des Dritten steht und fällt mit dem Recht des Versprechensempfängers (hier also des Bestellers), so hat der Akkreditierte bloß als begünstigter „Dritter" noch keine vollkommene Sicher-

[4]) Mit Unrecht beruft sich Ritter hierfür auf RG. 88, 136; dort ist zu der Frage überhaupt nicht Stellung genommen.

heit. Diese verschafft ihm erst die an ihn gerichtete Bestätigung des Akkreditivs seitens der Bank.

Diese Bestätigung ist ein abstraktes Schuldversprechen gemäß § 780 BGB. (So auch Jacoby, Ritter und RG. in LZ. 1920, 230.) Da es auf seiten der Bank das Handelsgeschäft eines Vollkaufmanns ist, bedarf es nach § 350 HGB. an sich nicht der Schriftform. Gleichwohl ist Schriftlichkeit der Bestätigung so sehr die Regel, daß man die Frage aufwerfen muß, ob nicht trotz § 350 zur Begründung der abstrakten Verpflichtung der Bank Schriftform notwendig ist. Es kann sich dabei natürlich nur um gewillkürte, durch Rechtsgeschäft bestimmte schriftliche Form im Sinne des § 127 BGB. handeln (wobei telegraphische Übermittlung genügt). In der Tat möchte ich annehmen, daß eine Verkehrssitte besteht, wonach die Bank sich dem Akkreditierten erst dann endgültig (abstrakt) gebunden erachtet, wenn sie ihm das Akkreditiv schriftlich oder telegraphisch bestätigt hat, nicht schon durch bloß mündliche Mitteilung. Geht man hiervon aus, so gibt es für die rechtliche Anerkennung dieser Verkehrssitte zwei Konstruktionsmöglichkeiten: Erstens ist (unabhängig von § 127) die bloß mündliche Akkreditivbestätigung auf Grund der Verkehrssitte dahin auszulegen, daß durch sie der Wille zu einer abstrakten Verpflichtung im Zweifel noch nicht zum Ausdruck gebracht werden soll. Zweitens aber kann man die Akkreditivbestellung (an der der Akkreditierte ja als Dritter gemäß § 328 beteiligt ist) als das „Rechtsgeschäft“ im Sinne des § 127 ansehen, durch welches (bei Auslegung gemäß der Verkehrssitte) bereits „bestimmt“ ist, daß die Akkreditivbestätigung in schriftlicher Form zu erfolgen hat.

Gar nicht befreunden kann ich mich mit dem Standpunkt von Jacoby (S. 248, 267), der einerseits der mündlichen Bestätigung die abstrakte Bindung gemäß § 780 beimißt, andererseits aber sowohl bei mündlicher, wie auch bei schriftlicher Bestätigung unterscheidet zwischen der eigentlichen „Bestätigung“ mit dem Willen zur abstrakten Bindung und der bloßen „Benachrichtigung“ (oder „Auskunft“ auf Anfrage) ohne diesen Willen. Jacoby macht die Banken darauf aufmerksam, daß sie sich dieses Unterschieds bewußt sein und deshalb bei schriftlicher wie bei mündlicher Bestätigung sorgfältig darauf achten müßten, nicht etwa in solchen Fällen, wo sie bloß „Nachricht“ geben, aber sich noch nicht binden wollten, Ausdrücke zu gebrauchen, aus denen eine bindende „Bestätigung“ entnommen werden könnte. Auch Ritter S. 620 wendet sich, unter Polemik gegen RG. in LZ. 1920, 230, lebhaft dagegen, daß man die schriftliche „Mitteilung“ der Bank, „eine bloße Tatsachenmitteilung“, gleichsetze einer Bestätigung „mit Verpflichtungswillen“. In den von Ritter mitgeteilten Formularen trägt allerdings die bloße „Mitteilung“ den Ausdruck: „Unbestätigter Kredit“ und den Zusatz „unverbindlich für uns“, die Bestätigung dagegen den Ausdruck: „Bestätigter Kredit“. Da kann nun freilich kein Zweifel sein. Läßt man aber diese Zusätze fort, so würde die „bloße Tatsachenmitteilung“ lauten:

„Wir teilen Ihnen hierdurch mit, daß N. N. Sie unwiderruflich bis . . . in Höhe von . . . bei uns akkreditiert hat“;

die Bestätigung „mit Verpflichtungswillen“ aber etwa:

„Wir bestätigen Ihnen, daß N. N. bei uns zu Ihren Gunsten ein bis . . . unwiderruflich gültiges Akkreditiv in Höhe von . . . eröffnet hat.“

So feine Distinktionen läßt das Institut des Akkreditivs nicht zu! Sie müßten zur Quelle ärgerlichster Streitigkeiten werden und das Vertrauen zu der Einrichtung erschüttern, in erster Linie bei den Akkreditierten, wenn selbst die schriftliche Bestätigung ihnen noch kein undiskutierbares Recht verschafft, in zweiter Linie auch bei den Banken, wenn ein unvorsichtiges Wort am Telephon sie in eine abstrakte Bindung verstricken kann. Was an der Unterscheidung berechtigt ist, erschöpft sich in dem Gegensatz schriftlicher und mündlicher Bestätigung: die erstere abstrakt bindend, die letztere nicht, — damit dürften die Interessen beider Teile gewahrt sein.

III. Übertragbarkeit des Akkreditivs.

Jacoby (S. 246) hält die Übertragbarkeit des Akkreditivs auf einen Zweitakkreditierten für so selbstverständlich, daß er sogar die Bezeichnung eines Akkreditivs als „übertragbar“ oder „an Order“ für bedeutungslos, weil überflüssig ansieht. Aber auch darüber, daß die Akkreditivbank die Ausführung des Auftrags auf eine andere Bank übertragen kann, scheint er sich (S. 266) keinen Zweifeln hinzugeben. Wenn ich auch im Ergebnis hinsichtlich beider Arten von Übertragung Jacoby beistimme, so ist doch nicht zu verkennen, daß die Frage ihre Schwierigkeiten hat. Schon die Tatsache, daß die Praxis nicht selten das Akkreditiv ausdrücklich als „übertragbar“, nicht selten auch ausdrücklich als „unübertragbar“ bezeichnet, läßt darauf schließen, daß eine feste und einhellige Rechtsüberzeugung davon, wie es mangels einer ausdrücklichen Erklärung mit der Übertragbarkeit steht, sich noch nicht gebildet hat.

Die Frage ist nicht nur dahin zu stellen, ob die Bank dem Besteller gegenüber berechtigt ist, das Akkreditiv auf Wunsch des Akkreditierten zu übertragen, sondern auch dahin, ob sie dem Akkreditierten gegenüber hierzu verpflichtet ist. Aber beide Fragen bedingen einander: Was die Bank tun muß, das darf sie auch, — und sie muß nicht, was sie nicht darf.

1. In der Regel spielt sich der Vorgang so ab, daß der Akkreditierte, nachdem ihm das Akkreditiv bestätigt ist, die Bank beauftragt, das Akkreditiv auf einen Dritten zu übertragen. Nimmt die Bank diesen Auftrag an, so entsteht zwischen ihr, dem Erstakkreditierten und dem Zweitakkreditierten ein neues Akkreditivverhältnis, dem das erste lediglich zur geschäftlichen Deckung dient. Aber der Erstakkreditierte ist nicht darauf angewiesen, die Bank um „Übertragung“ zu bitten, er kann auch selbst das Akkreditiv auf den Dritten im eigentlichen Sinne „übertragen“, indem er dem Dritten seine Rechte aus dem Akkreditiv abtritt. Das wäre nach § 399 BGB. nur dann unzulässig, wenn entweder die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen — das Akkreditiv also z. B. bei der Bestellung ausdrücklich als „unübertragbar“ bezeichnet wäre — oder „die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen“ könnte. Die „Leistung“, um die es sich handelt, ist Zahlung, also eine an sich ganz unpersönliche, fungible Leistung. Aber Zahlung gegen Aushändigung von Dokumenten, — und hier erhält die Leistung doch schon einen gewissen, durch die Person des Empfängers bestimmten persönlichen Charakter. Ist auch der Akkreditivverkehr auf dem Boden des Mißtrauens erwachsen — des gegenseitigen Mißtrauens zwischen Verkäufer und Käufer, das im beiderseitigen Vertrauen zur Bank seinen Ausgleich findet —, so ist doch die Akkreditivbestellung immerhin auch ein Akt des Vertrauens zum Verkäufer, des Vertrauens nämlich, daß er nicht unredlich (z. B. auf Grund gefälschter Dokumente) die Akkreditivzahlung an sich bringen werde. Berücksichtigt man, daß die Bank für nicht erkennbare Fälschung nicht haftet, so wird es dem Besteller nicht in allen Fällen gleichgültig sein, ob sein Verkäufer, den er kennt oder zu dem er, wenn auch vielleicht nicht hinsichtlich der Bonität, so doch hinsichtlich der Ehrlichkeit Vertrauen hat, die Dokumente präsentiert, oder ein ihm ganz Unbekannter. Man kann es also nicht grundsätzlich ablehnen, wenn ein Besteller in der Zahlung an einen Zweitakkreditierten eine ihrem Charakter nach andere Leistung zu sehen geneigt ist, als in der Zahlung an den Erstakkreditierten. Aber als Regel kann das nicht gelten. Es muß dem Besteller überlassen bleiben, wenn er die Leistung an einen anderen als den Erstakkreditierten nicht will, dies zum Ausdruck bringen, indem er das Akkreditiv für „unübertragbar“ erklärt oder bestimmt, daß die Zahlung nur an den Akkreditierten persönlich erfolgen darf oder die Dokumente nur vom Akkreditierten persönlich vorgelegt werden dürfen. Ordnet der Besteller nichts dergleichen an, dann gilt die gesetzliche Regel, daß der Akkreditierte die Akkreditivbedingungen auch durch einen anderen erfüllen lassen und die Zahlung auch durch einen Vertreter (mag es auch ein procurator in rem suam sein) entgegennehmen lassen kann, ohne daß sich der Charakter der Leistung verändert. Daraus folgt zunächst die Abtretbarkeit des Rechts aus dem Akkreditiv. Ist aber das Recht des Akkreditierten abtretbar, also auch ohne und sogar wider den Willen der Bank übertragbar, so ist kein Grund zu sehen, warum die Bank nicht, auch ohne daß eine Zession sie dazu nötigt, auf Antrag des Akkreditierten freiwillig das Akkreditiv auf einen Zweitakkreditierten ihrerseits sollte „übertragen“ dürfen.

Das ist dann auch als die Anschauung des Verkehrs anzusprechen. Hängt doch von der grundsätzlichen Übertragbarkeit eine wichtige handelstechnische Funktion des Akkreditivs

ab: Es soll nämlich nicht bloß dem Verkäufer selbst Sicherheit für die Bezahlung bieten, sondern in den zahlreichen Fällen, in denen der Verkäufer die Ware seinerseits wieder aus dritter Hand bezieht, dem Verkäufer die Möglichkeit bieten, sich des gleichen Akkreditivs zur Sicherstellung und Befriedigung seines Lieferers zu bedienen. (RG. II vom 15. März 1921 in Bankarchiv 1921, 252ff., hat den Standpunkt einer Verkäuferin, „daß ihr das Akkreditiv dazu habe dienen sollen, sich angemessen einzudecken", ausdrücklich als berechtigt anerkannt.)

Ist also das Akkreditiv nicht ausdrücklich als „unübertragbar" bezeichnet, so darf die Bank es immer auf einen Zweitakkreditierten übertragen. Sie muß es aber auch auf Verlangen des Erstakkreditierten tun. Diesem ist nämlich gar nicht ausreichend damit gedient, daß er seinen Anspruch aus dem Akkreditiv einem Dritten „abtreten" kann, denn der Dritte wird in der Regel auch seinerseits eine „Bestätigung" der Bank verlangen, da nur diese ihm Sicherheit gewährt. Man gelangt also zu dem vielleicht etwas gewagt erscheinenden, aber im Wesen des Akkreditivs und seiner handelstechnischen Funktion begründeten Ergebnis, daß die Bank, wenn sie den ersten Akkreditivauftrag angenommen und dem Akkreditierten bestätigt hat, in Auswirkung dieser Bestätigung verpflichtet ist, auf Verlangen des Erstakkreditierten mit ihm einen zweiten Akkreditivvertrag zugunsten eines Zweitakkreditierten zu schließen und auch dem Zweitakkreditierten Bestätigung zu erteilen.

Das zweite Akkreditiv muß selbstverständlich die genau gleichen Bedingungen enthalten, wie das erste, es muß sich aber auch rechnerisch mit ihm genau decken. Lautet das erste Akkreditiv auf 2000000 ℳ, zahlbar mit 50000 ℳ für je einen Waggon, das zweite auf 1600000 ℳ, zahlbar mit 40000 ℳ für jeden Waggon, so ist die Übertragung rechnerisch in Ordnung: Mit Lieferung von 40 Waggons erledigen sich beide Akkreditive. Würde aber das zweite Akkreditiv so eingerichtet, daß es sich erst mit mehr als 40 Waggons aufbraucht — also z. B. Gesamtbetrag 1500000 ℳ, zahlbar mit 30000 ℳ je Waggon —, so wäre es, obwohl sein Gesamtbetrag geringer ist als der des ersten Akkreditivs, ohne kongruente Deckung; denn nach Lieferung von 40 Waggons wäre das erste Akkreditiv aufgebraucht und für den Rest des zweiten Akkreditivs keine Deckung mehr vorhanden.

2. Es ist bisher nur der Fall erörtert, daß die Bank zwar das Akkreditiv auf einen Zweitakkreditierten überträgt, selbst aber Auszahlungs- und Prüfungsstelle auch für das Zweitakkreditiv bleibt. Nicht selten ist es aber, daß die Bank auf Antrag des Erstakkreditierten das Zweitakkreditiv bei einer anderen Bank (am Wohnort des Zweitakkreditierten!) bestellt. Ist auch dies zulässig und kann es gefordert werden?

Man muß hier zunächst zwischen Substitution und Erfüllungshilfe unterscheiden (vgl. über den Unterschied RG. 78, 312).

a) Mit der Substitution gehen die Pflichten des Beauftragten auf den Substituten über. War die Substitution überhaupt erlaubt, so haftet der Substituent nach § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB. nur für culpa in eligendo, auch im Falle des § 675 (RG. 78, 313). Durch § 664 Abs. 1 Satz 1 ist die Substitution „im Zweifel" verboten. Allerdings ist der § 664 gerade nicht unter den Vorschriften genannt, die auf einen Werkvertrag gemäß § 675 Anwendung finden. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß im Falle des § 675 die Substitution stets erlaubt sei, sondern nur, daß das Gesetz für den Werkvertrag eine Regel wie in § 664 nicht aufstellen wollte. Ob im Falle des § 675 Substitution erlaubt sei oder nicht, bleibt also eine nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheidende Frage. Ist sie nun beim Akkreditiv erlaubt? Vom Standpunkt des Bestellers vielleicht: Ihm wird es in der Regel ohne Bedeutung sein, ob die Depositenkasse A. der X-Bank oder die Depositenkasse B. der Y-Bank seinen Akkreditivauftrag ausführt. Aber für die erste Bank könnte die Auffassung, als ob die zweite Bank nicht einen Auftrag der ersten Bank, sondern, als deren „Substitutin", einen Auftrag des Bestellers auszuführen hätte, äußerst gefährlich werden. Man müßte dann die zweite Bank, die als „Substitutin" ein Geschäft des Bestellers, nicht ein Geschäft der ersten Bank zu besorgen hätte, für berechtigt und verpflichtet halten, auf Weisung des Bestellers von den Akkreditivbestimmungen abzuweichen. Dadurch könnten aber die geschäftlichen Grundlagen des Akkreditivs im Innenverhältnis des Bestellers zur ersten Bank völlig umgeworfen werden[5]).

Demnach darf die zweite Bank, der das Akkreditiv von der ersten Bank zur Ausführung übertragen wird, nicht als „Substitutin" angesehen werden, die Zulässigkeit einer eigentlichen Substitution beim Akkreditiv ist zu verneinen.

b) Die zweite Bank ist vielmehr in ihrem Verhältnis zur ersten Bank Übernehmerin eines neuen Akkreditivauftrages, in Ansehung des ersten Akkreditivauftrags aber ist sie Erfüllungsgehilfin der ersten Bank. Es liegt kein Grund vor, warum die erste Bank sich nicht einer Erfüllungsgehilfin sollte bedienen dürfen. Maßgebend ist § 267 BGB., wonach Erfüllungshilfe immer zulässig ist, wenn nicht (nach dem Inhalt des Vertrages oder dem Charakter der Leistung) der Schuldner in Person zu leisten hat. Einen so an die Person gebundenen Charakter hat die der Akkreditivbank übertragene Leistung offenbar nicht.

Ein Bedenken freilich: Durch die Übertragung des Akkreditivs auf eine Bank an einem anderen Ort wird der ursprüngliche Leistungsort des Akkreditivs verändert. Denn die erste Bank hatte am Orte ihrer Niederlassung den Auftrag zu erfüllen und bedient sich nun einer Erfüllungsgehilfin, die an einem anderen Orte erfüllt. Wäre der Erfüllungsort wesentlich, so läge hierin eine unzulässige Abweichung vom Auftrag. Aber er ist nicht wesentlich. Es ist zu erwägen, daß die Akkreditivbank (und mit ihr der Leistungsort) allermeist nicht vom Akkreditivbesteller, sondern vom Akkreditierten bestimmt wird. Dieser vereinbart mit dem Besteller (Käufer), an welchem Orte er die Dokumente vorlegen und das Geld erheben will, — in der Regel ist es sein Wohnort, sein Niederlassungs-, sein Leistungsort, in seinem Interesse wird der Ort des Akkreditivs gewählt, nicht im Interesse des Bestellers. Nicht dessen Interesse, sondern das Interesse des Akkreditierten wird also durch eine Veränderung des Akkreditivorts berührt. Wird mit Zustimmung des Akkreditierten die Zahlung an einem anderen Ort geleistet, so kann und muß es dem Besteller recht sein. Das wird noch deutlicher, wenn man berücksichtigt, daß der Akkreditierte, nachdem ihm das Akkreditiv bestätigt ist, einen unmittelbaren, abstrakten, vom ursprünglichen Akkreditivauftrag unabhängigen, bedingten Zahlungsanspruch gegen die Bank erworben hat, — warum sollte er nicht über Art und Ort der Erfüllung dieses abstrakten Zahlungsanspruchs unmittelbare Vereinbarungen mit der Bank treffen dürfen? Zugegeben, daß es Fälle geben kann, in denen auch der Besteller ein Interesse daran hat, daß das Akkreditiv gerade am Ort der von ihm beauftragten Bank erfüllt wird. Aber das muß er dann bei Bestellung des Akkreditivs zum Ausdruck bringen, denn es ist die Ausnahme.

Die Akkreditivbank darf also auf Antrag des Akkreditierten eine andere Bank mit Ausführung des Akkreditivs beauftragen. Verpflichtet hierzu ist sie aber selbstverständlich nicht, denn es muß ihrer freien Entschließung überlassen bleiben, ob sie sich einer Erfüllungsgehilfin bedienen will oder nicht.

IV. Rechtsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer beim Akkreditivkauf.

1. Verpflichtung zur Akkreditivbestellung.

Der Käufer muß das Akkreditiv so bestellen, wie es vereinbart ist, also in der vereinbarten Höhe, mit den vereinbarten Auszahlungsbedingungen, bei der vereinbarten Bank. Abweichungen braucht der Verkäufer nicht hinzunehmen, insbesondere braucht er, wenn er eine bestimmte Bank als Akkreditivträgerin vorgeschrieben hat, das Akkreditiv einer anderen Bank nicht gelten zu lassen, auch wenn diese ebenso sicher ist (RG. Bankarchiv 1921, 252ff.). Das Akkreditiv darf nicht als „widerruflich" bestellt werden, wenn das nicht ausdrücklich vereinbart ist; das folgt aus den gleichen Erwägungen wie oben zu I 1. Der Verkäufer hat aber im Zweifel auch

[5]) Einen ganz groben Fall dieser Art enthält RG. III vom 31. Mai 1918 im Recht 1918 Nr. 1150: Die A-Bank hatte der B-Bank mitgeteilt, daß sie „im Auftrage von C." den D. für zu liefernde Fleischwaren akkreditiere; C. hatte darauf (unter Umgehung der A-Bank) die B-Bank ersucht, das Akkreditiv zu Gunsten von E. für zu liefernde Bohnen zu übertragen. Mit Recht hat das RG. es für unzulässig erklärt, daß die B-Bank sich hierauf einließ, und hat ihr den Regreß gegen die A-Bank versagt

einen Anspruch darauf, daß das Akkreditiv nicht bloß bestellt, sondern ihm auch von der Bank **bestätigt** wird, damit er den unmittelbaren, abstrakten Zahlungsanspruch gegen die Bank erwirbt; der Käufer ist daher verpflichtet, die Bestätigung herbeizuführen. (So auch RG. im Bankarchiv a. a. O. und in JW. 1921, 1312 Nr. 7.) Endlich darf der Käufer das Akkreditiv auch nicht als „unübertragbar" bezeichnen, wenn das nicht vereinbart ist; auch dies folgt aus den oben zu III für die grundsätzliche Übertragbarkeit des Akkreditivs angeführten Gründen.

Alle diese Verpflichtungen sind **rechtzeitig** zu erfüllen. Dazu gehört auch, daß die Akkreditivbank den Verkäufer von der erfolgten Akkreditierung rechtzeitig benachrichtigt; der Verkäufer braucht sich nicht zu erkundigen, ob das Akkreditiv gestellt ist (RG. in JW. 1921, 1312). Im Falle des Verzuges treten die Verzugsfolgen ein, gegebenenfalls die Rechte aus § 326 BGB. Die Vereinbarung „sofortiger" Akkreditierung kann unter Umständen als stillschweigende Vereinbarung einer Verwirkungsklausel gemäß § 360 BGB. angesehen werden, so daß der Verkäufer auch ohne die Voraussetzung des § 326 vom Vertrage zurücktreten kann, wenn das Akkreditiv nicht „sofort" gestellt wird (RG. 92, 391), sie braucht aber diese Bedeutung nicht immer zu haben (RG. 102, 156). Ist ein Kalendertag für die Akkreditivstellung fest bestimmt („gegen heute telegraphisch zu eröffnendes Akkreditiv bei der X-Bank"), so liegt ein Fixgeschäft im Sinne von § 361 BGB., § 376 HGB. mit den dort geregelten Wirkungen vor (RG. 96, 257).

In allen Fällen hat der zur Akkreditivstellung Verpflichtete dafür einzustehen, daß das Akkreditiv bei der vertraglich bestimmten Bank auch tatsächlich eröffnet wird. Er wird seiner Verpflichtung nicht dadurch ledig, daß er seinerseits mit der Vermittlung des Akkreditivs eine andere Bank beauftragt, wenn diese die Akkreditiveröffnung nicht oder nicht rechtzeitig herbeizuführen vermag. Die von ihm mit der Übermittlung des Akkreditivs beauftragte Bank ist lediglich seine Erfüllungsgehilfin (RG. 102, 158; auch 96, 257).

2. Innerhalb des zugrunde liegenden Kaufgeschäfts ist das Akkreditiv nicht Zahlung, nicht Vorauszahlung, nicht Ersatz der Zahlung, sondern nur eine **Sicherstellung der künftigen Zahlung**. Die Zahlungspflicht des Käufers wird nicht ersetzt, sondern nur gesichert durch die Zahlungspflicht der Akkreditivbank. Zwar wird man dem Käufer das Recht zugestehen müssen, den Verkäufer zunächst auf das Akkreditiv zu verweisen und Zahlung abzulehnen, solange der Verkäufer nicht versucht hat, von der Akkreditivbank Zahlung zu erlangen. Zahlt aber die Akkreditivbank nicht, sei es, daß sie zahlungsunfähig ist, sei es, daß sie aus berechtigten oder unberechtigten Gründen die Zahlung verweigert, so steht nichts entgegen, daß der Verkäufer vom Käufer selbst die Zahlung fordert.

3. Das Akkreditiv sichert die künftige Zahlung, — wie aber, wenn die Zahlungspflicht des Käufers (infolge Rücktritts, Nichtigkeit, Anfechtung oder aus anderen Gründen) **erlischt**, nachdem ein unwiderrufliches und bestätigtes Akkreditiv gestellt ist? Die Bank muß trotzdem zahlen, wenn der Verkäufer die Akkreditivbedingungen erfüllt[6]). In solchem Falle hat der Käufer nur einen (durch Klage zu verwirklichenden und gegebenenfalls durch einstweilige Verfügung zu sichernden) Anspruch gegen den Verkäufer auf **Verzicht** auf die Akkreditivrechte und **Unterlassung** ihrer Geltendmachung.

4. Das Akkreditiv sichert die künftige Zahlung, es bestimmt aber auch **Art** und **Ort** für die Zahlungspflicht des Käufers. Denn indem die Stellung eines Akkreditivs bei einer bestimmten Bank zwischen Käufer und Verkäufer vereinbart wird, ist damit als Vertragswille zum Ausdruck gebracht, daß die Zahlung **durch** die Bank und **bei** der Bank erfolgen soll. Der **Ort der Akkreditivbank** wird damit zum vertraglichen **Erfüllungsort des Käufers** für die Kaufpreiszahlung. Am Orte der Akkreditivbank ist daher auch der **Gerichtsstand des Erfüllungsortes** für Klagen gegen den Käufer, insbesondere auch für Ansprüche wegen Nichterfüllung, wenn der Käufer die Akkreditivstellung unterlassen hat (OLG. Breslau v. 15. Okt. 1921 VIa U. 155/21).

[6]) Die interessanten Ausführungen von Ritter S. 626 f., mit denen er versucht, der Bank auch beim bestätigten Akkreditiv noch Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft gegenüber dem Akkreditierten einzuräumen, sind schon deshalb nicht überzeugend, weil sie auf der m. E. nicht angängigen analogen Anwendung der Regeln von der Anweisung (§ 784) beruhen; sie sind aber auch hauptsächlich deshalb abzulehnen, weil sie wiederum ein Moment der Unsicherheit in das Akkreditivrecht hineintragen, das das Vertrauen zum Akkreditiv erschüttern müßte.

Schrifttum.

Hans Schreuer: Deutsches Privatrecht. XII, 537. Stuttgart 1921. **Ferdinand Enke.**

Dieses Buch geht in verschiedenen Richtungen eigene und neue Wege. So schon in der Titelgebung. Denn man hat sich darunter nicht etwa Grundzüge des deutschen Privatrechts im üblichen Sinne vorzustellen, sondern, wie der Untertitel sagt, eine „Einführung in das geltende bürgerliche Recht mit rechtsvergleichenden Ausblicken". Es handelt sich also im Kern um ein kurz gefaßtes Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Hierbei sind nun sehr eingehende historische Überblicke vorausgeschickt, die sich durchaus nicht auf die Sätze des römischen oder deutschen Rechts beschränken, die auf das Recht des BGB. eingewirkt haben, sondern auch auf ganz fernliegende sich erstrecken. Wesentlicher aber als diese historischen Bemerkungen sind dem Verf. und, wie mir scheint, auch objektiv diejenigen über ausländisches Recht, über das österreichische, schweizerische, französische, englische, gelegentlich auch das kanonische Recht, die teils als Anmerkungen, teils auch, wie z. B. beim Pfandrecht und bei der Erbfolge, sehr umfangreich im Text auftreten.

Ich stehe nun nicht an, zu betonen, daß mir sowohl die geschichtliche Fundierung wie die Vergleichung mit dem ausländischen Recht äußerst nützlich zu sein scheinen und daß ich ein privatrechtliches Lehrbuch, in dem deutsches und fremdes Recht zueinander in Beziehung gesetzt wird, geradezu für ein dringendes Bedürfnis halte. Gegenüber der wachsenden Fülle von positivem Rechtsstoff kann die studierende Jugend nicht genug auf die tatsächlichen Probleme und die Verschiedenartigkeit der möglichen Lösungen aufmerksam gemacht werden, die sich in den einzelnen Rechten der Gegenwart und auch der Vergangenheit zeigen. Sie verfällt sonst zu leicht dem Glauben, daß das positive deutsche Recht das Recht schlechthin sei und verliert alle Beweglichkeit des juristischen Denkens. Diese meine Übereinstimmung mit den Absichten des Verf. möchte ich um so mehr betonen, als ich mit der Durchführung im einzelnen durchaus nicht immer einverstanden bin.

So schon nicht mit der Art und Weise, wie die fremden Rechte verwertet sind. Hierbei würde ich das österreichische Recht, soweit es auf der Fassung des ABGB. von 1811 beruht, überhaupt weggelassen haben. Im übrigen aber scheint es mir nicht darauf anzukommen, daß der Student erfährt, welche Rechtsinstitute es in ausländischen Rechten gibt und welche Rechtsregeln, sondern darauf, daß er in die Unterschiede eingeführt wird, in deren Folgen und in deren Voraussetzungen. So dürfte es für den Studenten totes Wissen sein, wenn er z. B. S. 205 Anm. 2 mitgeteilt erhält, daß die Schweiz drei Arten von Buchpfand kennt, die Grundverschreibung, den Schuldbrief und die Gült. Er würde aber für sein juristisches Verständnis Gewinn ziehen, wenn ihm klar gemacht würde, warum die Schweiz ihr Grundpfandrecht anders geordnet hat, als das BGB., das doch sonst vielfach von ihr zum Muster genommen wurde. Indem ich diesen Punkt hervorhebe, verkenne ich nicht, daß durch solche Behandlung das Buch vielleicht umfangreicher werden würde. Mag sein. Aber ich stehe demgegenüber überhaupt auf dem Standpunkt, daß wir an stoffbietenden Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts, großen und kleinen, genug haben, und daß wir ein Buch haben sollten, das unter Verzicht auf die Erschöpfung des Stoffes in die Probleme einführt, sie herausschält und wirtschaftlich, historisch und vergleichend beleuchtet.

Bedenken habe ich gegenüber einigen Punkten der Disposition. Gegen Kategorien wie Veräußerungsverträge, Leihverträge, Arbeitsverträge möchte ich nichts einwenden. Aber ich würde ihnen nicht eine Kategorie „Abstrakte Verträge" koordinieren, erst recht nicht eine solche „Gewagte Verträge". Der abstrakte Vertrag gehört in den allgemeinen Teil. Wenn man aber glaubt, einzelne Anwendungen dieser Vertragsart im besonderen Teil der Schuldverhältnisse behandeln zu müssen, dann ist ihr Gegenstück der kausale Vertrag. Für bedenklich halte ich auch eine Rubrik wie „Übergang von Schuldverhältnissen". So etwas erweckt falsche Vorstellungen. Denn Schuldverhältnisse gehen nicht in dem Sinne über, in dem gleich nachher richtig von dem Erlöschen der Schuldverhältnisse gesprochen wird. Es gehen nur Schulden und Forderungen über. Dabei ist gerade die Systematik so außerordentlich wichtig für den Lernenden, und nur deshalb lege ich hier darauf Gewicht.

Mehr berücksichtigt hätte ich das neueste Recht. So fehlt z. B. eine Darstellung des Heimstättenrechts, das nur gelegentlich erwähnt wird, das privatrechtliche Material der Steuergesetze, der Sozialisierungsgesetze, der Arbeitergesetzgebung und des Friedensvertrages. Auch die Kriegsgesetzgebung hat manchen wertvollen Ausbau des privatrechtlichen Denkens gebracht.

Doch bei all dem handelt es sich um Meinungen, nicht um Fehler. Leider aber zwingt mich die Rezensentenpflicht schließlich zu der Feststellung, daß das Buch auch Ungenauigkeiten und Unrichtigkeiten enthält, die für den Studenten gefährlich werden können. S. 38 sagt Verf. die Persönlichkeitsrechte kämen auch Verbänden zu. Als Beispiel bringt er unter anderem, daß Totschlag und Entehrung ein Verbrechen gegen die ganze Sippe seien. S. 46 erscheint der jedenfalls ungenaue Begriff eines rechtsgeschäftlichen Gesetzes, S. 48 die Begriffsbestimmung „Rechtsgeschäfte sind rechtlich anerkannte Rechtsgestaltungen durch Parteihandlung", die erst durch Zusammenhalt mit anderen Stellen auf ihr richtiges Maß, insbesondere mit Rücksicht auf die Rechtshandlungen zurückgeführt werden kann. S. 200 meint Verf. die Zugriffsbefugnis des Pfandgläubigers sei entweder Eigentum oder bloß Besitz oder ein unsichtbares dingliches Recht. Hier scheint mir die Funktion des Besitzes verkannt, und zudem dürfte der Begriff sichtbarer und unsichtbarer Rechte immerhin bedenklich sein. S. 203 wird die Spedition, Kommission, Einlagerung, Transport unter den Gesichtspunkt einer „Verarbeitung" von Sachen gebracht, ebenda Anm. 1 das Urteil gegen den Eigentümer des Pfandgrundstückes dahin formuliert, daß der Eigentümer schuldig sei, aus dem Grundstück zu zahlen. S. 232 behauptet Verf. „streng genommen" sei „jede Schuld auch Haftung" und S. 233 erfährt man: „Der Käufer will nicht fordern, sondern gleich die Sache haben. Das ist Sachhaftung." Auch der Satz S. 481, daß der Erbe als solcher niemals mit seinem eigenen Vermögen haftet, wäre besser nicht so apodiktisch aufgestellt worden. Die Korrektur durch den § 140 über die unbeschränkte Haftung kommt trotz des Verweises S. 481 Anm. 3, den der Student übersehen wird, zu spät. Recht bedenklich ist auch S. 51 die Auffassung der Klaglosigkeit von Spiel und Wette als teilweiser Nichtigkeit und ein Seitenstück zu § 135 BGB., S. 66 die Anerkennung eines Familienrechts der Leibesfrucht gegen die Mutter auf Körperpflege, S. 70 die „Steigerung" der Rechtsfähigkeit zur Geschäftsfähigkeit, S. 54 die Ausschaltung des Irrtums nach § 119 II aus dem Bereiche des Motivirrtums. S. 211 läßt der Verf., zweifellos unrichtig, den Hypothekenbrief von Bedeutung sein für die Entstehung der Hypothek.

Solche Versehen weisen namentlich die Ausführungen über das geltende Recht auf. Selten nur sind sie in den geschichtlichen Partien. Hier möchte ich nur bestreiten, daß (S. 125) der Eigentumserwerb an Grundstücken in germanischer Zeit durch „obrigkeitliche Einweisung" erfolgte.

Gern vermißt hätte ich einige Wortformen, die meines Erachtens nicht Herrschaft gewinnen sollten, so etwa „grundbücherlich", „außerbücherlich", „Rangsordnung", „Grundbuchsblatt", „Grundbuchsrichter". Auch der „zedierte Schuldner" sollte den debitor cessus nicht fortleben lassen.

Bei all diesen Ausstellungen möchte ich nicht leugnen, daß mich die Aufstellungen des Verf. wiederholt zum Nachdenken angeregt haben und ich möchte auch die Selbständigkeit, mit der der Verf. nicht selten von der herrschenden Meinung abweicht, keineswegs unterschätzen, fühle nur stark das Bedürfnis, daß er seine abweichende Stellung nun auch im einzelnen begründet. Daher sehe ich den im Vorwort angekündigten noch nicht veröffentlichten Untersuchungen mit Spannung entgegen. Sie bringen vielleicht über manches Aufschluß, was bei der Lektüre der knappen Zusammenfassung eigenartig anmutet.

Hervorhebung verdient der saubere, von Druckfehlern fast freie Druck und das ausführliche Register. An Druckfehlern aufgefallen ist mir Jytke Lov (S. 13); S. 384 Z. 2 des Textes v. u. muß es „eine" statt „keine" heißen, S. 389 Anm. 1 „una" statt „ana". Der Satz, der S. 41 am Schlusse von § 8 steht, dürfte nach S. 40 an den Schluß des zweiten Absatzes gehören.

Prof. Dr. Frhr. v. Schwerin, Freiburg i. Br.

Dr. **Josef Kohler**, Professor der Rechte in Berlin: **Einführung in die Rechtswissenschaft.** Fünfte, neu durchgearbeitete Auflage. Leipzig 1919.

Geh. Rat Dr. **Karl von Gareis**, ord. Professor der Rechte an der Universität München: **Rechts-Encyklopädie und Methodologie.** Als Einleitung in die Rechswissenschaft. Fünfte, neu bearbeitete Auflage, mit Zusätzen von Dr. **Leopold Wenger**, ord. Professor der Rechte an der Universität München. Gießen 1921.

Beiden Werken ist gemeinsam, daß sie nach einer zusammenfassenden Darstellung des Stoffs streben und diese Zusammenfassung als Einleitung denken. Kohler mehr philosophisch mit vielen geistreichen Ausblicken, Gareis mit vielen höchst anregenden Einzelheiten aus Kultur- und Rechtsgeschichte, Wenger hat hauptsächlich die rechtsvergleichende Darstellung des römischen Rechtes nutzbar gemacht. Da beide Autoren eine starke philosophische Ader aufweisen, ist ein Buch herausgekommen, dem eine hervorragende Vielseitigkeit nachzurühmen ist und das wegen seiner umfänglichen Nachweise aus dem Schrifttum ein wertvolles Handbuch kleineren Umfanges geworden ist. Das Ideal wäre, wenn Gareis-Wenger noch mehr Kohler in sich aufnähmen und zugleich die mit so glücklichen Erfolge gepflegte Rechtsvergleichung noch weiter ausgebaut würde. Es war ein Wagnis des Verlegers, dem wir dafür hohen Dank wissen, daß er es unternommen hat, das Werk von Gareis in vermehrtem Umfang herauszubringen. Ich glaube aber, daß die Autoren und er selber auf dem richtigen Wege sind, wenn sie das Buch in der einmal eingeschlagenen Richtung weiter entwickeln. Es kann da ein Buch herauskommen, das wert wäre, in fremde Sprachen übersetzt zu werden.

Aber ein grundsätzliches Bedenken habe ich gegen beide Werke: eine Einführung sind sie nicht. Gareis ist sich durchaus bewußt, daß die alte pädagogische Regel: vom Näheren zum Ferneren, vom Bekannten zum Unbekannten beobachtet werden muß; aber selbst wenn sie auf das virtuoseste gehandhabt wird, kann ihre Befolgung doch nicht das Unmögliche leisten, ein im pädagogischen Sinne deduktiv gehaltenes System dem Anfänger schmackhaft und verständlich zu machen. Ohne Befolgung der Regel: vom Konkreten zum Abstrakten kann die geschickteste Anpassung an die anderen pädagogischen Regeln nichts ausrichten. Die Autoren der beiden Bücher bleiben pädagogisch auf halbem Wege, sie haben Bücher verfaßt, die für den, der schon über einige Kenntnisse verfügt, anregend und nützlich zu lesen sind, aber eine eigentliche pädagogische Einführung ist weder das eine noch das andere. Dazu hätten die Autoren sich ihre Ziele niedriger stecken müssen, mit ihren hohen Zielen bleiben sie dem Anfänger, wie er nun einmal ist, pädagogisch doch fern. Ihre Bücher gehören in die Mitte oder an das Ende des Studiums, sind Werke für den gebildeten Menschen der gereifteren Jahre, erfüllen hier ihre Aufgabe vorzüglich, aber dem jungen Abiturienten sind sie zu hoch und haben den pädagogischen Fehler ihrer wissenschaftlichen Tugend. Man kann nicht zweien Herren dienen, und ich halte es für den Grundfehler unseres ganzen Rechtsunterrichtes, daß dies noch lange nicht genug erkannt und anerkannt ist. Alles setzt zu hoch ein, die Dozenten wollen gern die wissenschaftliche Höhenlage beibehalten, setzen sich mit diesem an sich durchaus berechtigten Bestreben aber in Widerspruch mit der Wirklichkeit. Wir sollen eine Doppelaufgabe lösen, deren beide Teile aber schlecht verträglich sind, Wissenschaft und elementare Einführung; hier gibt es nur ein Entweder-Oder, aber kein Sowohl-Als auch. Bevor aber Fakultäten und Unterrichts-, wie Justizministerien sich nicht rückhaltlos zu diesem „Entweder-Oder" bekennen, wird eine pädagogisch richtige Reform des Rechtsunterrichtes nicht kommen, sondern alles im halben bleiben. Ich habe schon vor Jahren und wiederholt[1]) vorgeschlagen, man sollte den juristischen Elementarunterricht aus der Universität herausnehmen, um uns ganz die Freiheit der rein wissenschaftlichen Bewegung zu sichern. Ich habe damit bis heute, außer bei den Anwälten und einigen Praktikern, Würzburger Anwaltstag, so gut wie gar kein Verständnis gefunden. Die Fakultäten wollen anscheinend von ihrer Lehrtätigkeit nichts aufgeben, wollen aber zugleich die pädagogisch unerläßlichen Zugeständnisse nicht machen. Die Unkenntnis des Pädagogischen ging bis vor wenigen Jahren so weit, daß manche glaubten, hoffentlich nicht mehr glauben, man könne das Wissenschaftliche gegen das Pädagogische ausspielen. Wer so denkt, beweist, daß er noch heute, obgleich doch wirklich Ströme von Tinte vergossen sind, das pädagogische Problem nicht verstanden hat. Ich könnte den Spieß umdrehen und sagen: Wer die Erfahrungen der pädagogischen Praxis vernachlässigt, die Forderung der pädagogischen Theorie in den Wind schlägt, handelt unwissenschaftlich, nämlich vom Standpunkt der pädagogischen Wissenschaft aus. Wenn man nicht nachweist, daß Pädagogik keine Wissenschaft ist, soll man dies noch erst widerlegen. Da schrieb einer ein kürzeres System seiner Rechtsdisziplin, nannte es Institutionen und entschuldigte sich im Vorwort, daß er das System nach wissenschaftlichen Grundsätzen aufgestellt hätte. Ja, nach welchen Grundsätzen soll man es denn sonst aufstellen? Zwischen den Zeilen steckte das die Geister noch immer allmächtig beherrschende Vorurteil, als ob das herrschende deduktive System das allein wissenschaftliche sei. Bei Lichte besehen, eine starke Harmlosigkeit, über die spätere Geschlechter, die sich mit den Elementen der pädagogischen Wissenschaft vertraut gemacht haben, noch lächeln werden. Man kann einen Wissensstoff deduktiv und induktiv aufbauen, das eine ist nicht wissenschaftlicher als das andere im Sinne der betreffenden Fachwissenschaft. Es ist aber im Sinne der pädagogischen Wissenschaft unwissenschaftlich und außerdem unpraktisch, nur das deduktive System gelten zu lassen. Ich glaube, man wird mir nicht gut absprechen können, daß ich legitimiert bin, in praktischen Fragen mitzusprechen, noch dazu in Fragen der pädagogischen Praxis, ich stelle aber dem jetzt zusammentretenden Ausschuß schon vornherein das Prognostikon, daß er wohl den Pelz waschen, aber ihn

[1]) Vgl. z. B. Vorpraxis, akademische Rechtsprechung und anderes. Tübingen 1911.

nicht naß machen wird, wenn er nicht grundsätzlich in diesen Fragen vollständig umdenkt. Ohne ein solches Umdenken wird es nichts, ist dies aber einmal vollzogen, ergeben sich die Folgerungen von selber. Die Professoren müßten eigentlich in ihrem eigensten Interesse alles daran setzen, den Elementarunterricht abzustoßen und ihn anderen Einrichtungen außerhalb der Universität zuzuweisen, wir kommen mit unserer Wissenschaft dann immer noch rechtzeitig. Im Gegenteil, wir werden dann endlich in der Höhenlage einsetzen können, wie sie für die Hochschulen Deutschlands angemessen ist. Der Einfachheit halber, da ich aus Raummangel nicht alles wiederholen und ausführlich begründen kann, sei das pädagogische Programm thesenartig, teilweise mit kurzen Begründungen zusammengefaßt:

1. Ohne Beachtung der pädagogischen Grundregeln: vom Bekannten zum Unbekannten, vom Näheren zum Ferneren, vom Leichteren zum Schwereren, vom Einfachen zum Zusammengesetzten, vom Konkreten zum Abstrakten wird die geplante Reform des Rechtsunterrichtes vielleicht im einzelnen etwas bessern, als Ganzes aber ein Schlag ins Wasser sein

2. Diesen Regeln wird man gerecht gleichzeitig, wenn man eine konversatorisch-kasuistische Einführung mit Rechtsfällen aus der Gegenwart befolgt, die sich zum Ziel setzt, gewisse elementare Begriffe, ohne die ein Verständnis des gesamten folgenden Rechtsstoffes unmöglich ist, dem Anfänger so einzuprägen, daß sie ihm in Fleisch und Blut übergehen, vor allem den Gegensatz von absolutem und relativem Recht, Besitz und Recht, Ausübungsmöglichkeit und Recht, ipso jure und Einredewirkung, zugleich die ganze Mechanik eines gewöhnlichen und normalen Prozesses ohne große Gelehrsamkeiten, die zivilprozessuale Teleologie. Dies alles muß langsam und allmählich aus den Hörern herausgefragt werden: produzierende Lehrmethode, Selbsttätigkeit des Schülers. Zugleich sind bei jeder Gelegenheit, wo es paßt, gewisse grundlegende Dinge des Rechtes vor Augen zu führen, z. B. der praktisch hochwichtige Satz, daß niemand die rechtliche Lage der Gegenpartei ohne deren Willen verbessern oder verschlechtern darf und kann. Daher die vielen „Verträge" des Rechtes, deren Zahl weit über das hinausgeht, was der Volksmund als Vertrag zu bezeichnen pflegt, z. B. Schenkung, Erlaß, Abtretung, Schuldübernahme, dingliche Verträge: pädagogisches System der Querschnitte[2]).

3. Dieser Unterricht ist mit dem Besuch aller Arten von Gerichtsverhandlungen zu verbinden und die dort beobachteten Fälle sind nachher mit den Teilnehmern zu besprechen, die Einzelbeobachtung auf das allgemeine Princip zurückzuführen: pädagogischer Querschnitt. Der preußische Justizminister hat diesen meinen Vorschlag ja fakultativ offen gehalten, er muß zur Pflichtauflage werden. Die Leitung dieser Kurse, über die Näheres hier noch nicht zu sagen ist, gehört in die Hände von Praktikern, die während der Dauer dieser Kurse nichts weiter sind als Kursleiter und nicht etwa diese Aufgabe neben ihrem Berufe zu erfüllen haben. Diese Praktiker müssen aber pädagogisch hierfür vorgebildet werden. Wird diese Forderung nicht erfüllt, werden die Versuche nur kümmerlich ausfallen. Das pädagogische Fragen ist schwer, sogar sehr schwer und mancher lernt es nie. Ohne Unterweisung in der juristischen Fragekunst geht es nicht. Auf jede unrichtige Antwort muß mit einer Gegenfrage geantwortet werden, die dem Hörer die Unrichtigkeit seiner Antwort zwingend vor Augen führt

4. Wir dozieren zuviel, müssen zuviel dozieren. Es müßten viel mehr Entscheidungen gemeinsam gelesen und besprochen werden. Das geschieht aber nicht. Man kann unter Umständen an einer Entscheidung die wichtigsten und tiefsten Probleme des Rechtes behandeln: pädagogischer Querschnitt.

5. Das römische Recht läßt sich heute nicht mehr in dem bisherigen Umfange halten. Ob man dies begrüßt oder beklagt, ist einerlei, es ist Tatsache und wir können unserer Jugend die Belastung mit dem römischen Recht in dem bisherigen Umfange nicht mehr zumuten. Das römische Recht und seine Pflege wird eines Tages noch ganz in die philosophische Fakultät übersiedeln, weil es dahin übersiedeln muß, will es sich seine wissenschaftliche Pflege retten. Es wird und muß Studiengegenstand der Philologen werden und auf diese Weise seine Auferstehung feiern, indem es, was längst hätte geschehen müssen, zum Gegenstand der Schulbehandlung wird. Cicero, dessen Latein gar kein echtes Latein ist, sondern nur ein in das Lateinische übersetztes Griechisch, fälscht das Bild der lateinischen Sprache. Diese ist nicht ciceronianisch; das Juristenlatein ist viel echter und wahrer, aber unser Philologentum ist auf Cicero eingestellt und nicht auf die römischen Rechtsquellen. Auf alles bereitet die Schule vor, nur nicht auf das Recht. Die Staatsbürgerkunde auf den Schulen ist m. E. ohne Wert, sie wird sich zu einem Paukgegenstand mehr entwickeln, das ist alles. Unsere Jugend wird durch die höheren Schulen zum Juristen nicht erzogen, sondern eher verdorben, Jurisprudenz ist in erster, zweiter und dritter Linie Kunst, ist Kunst eigenartigen Wesens. Unsere Aufgaben sind genau so gut Kunstaufgaben wie die des Arztes und Ernst Fuchs[3]) hat nicht ohne Grund seine wuchtigen Angriffe gegen die philologischen Haarspaltereien gerichtet, mit denen wir uns mehr als einmal von dem wahren Wesen des Rechtes entfernt haben. Unsere Jugend steht vor den juristischen Kunstaufgaben zunächst völlig hilflos da. Wenn man ein erstes Semester fragt, ob der in Münster wohnende Nachlaßgläubiger den in Hamm oder den in Köln oder den in Frankfurt wohnenden Miterben verklagen soll, antwortet unser Justinianus unbeschwert, der Gläubiger solle ausgerechnet in dem am weitesten entfernten Frankfurt klagen. Da ich mit meinen jungen Zuhörern von der ersten Minute an ausschließlich konversatorisch verkehre, wundere ich mich über nichts mehr, die praktische Ahnungslosigkeit ist von liebenswürdigster Unschuld, aber unbegrenzt. Daher gehört zur entsprechenden Ausbildung unserer jungen Juristen eine Umbildung unserer Philologen, die endlich begreifen müssen, daß sie an dem einzig Originalen der Römer, ihrem Rechte, nicht mehr achtlos vorbeigehen dürfen. Wird auf diese Weise, was die juristische Studienzeit auf die Dauer wird überhaupt nicht mehr tragen können, in die Schulzeit verlegt, so erhalten wir auch besser vorgebildete Hörer und gewinnen endlich wieder die wissenschaftliche Bewegungsfreiheit wieder, die uns unter dem Drucke der pädagogischen Anforderungen verloren gegangen ist.

Man mache zunächst in dieser Richtung den Versuch, gebe sich aber nicht der Hoffnung hin, nun gleich alles auf das schönste „verbessern" zu können. Davon kann keine Rede sein, schon deshalb nicht, weil bisher die unerläßlich notwendige Literatur fehlt, die zum Teil erst geschaffen werden muß. Erst wenn diese einige Jahre funktioniert hat, werden wir weiter sehen.

Geh. JR. Prof. Dr. Paul Krückmann, Münster.

²) Vor langen Jahren fragte mich ein ebenfalls vor der Prüfung stehender Rechtskandidat ganz entsetzt: Der Präsident hat das letzte Mal gefragt, ob die Tradition ein Vertrag ist. Haben Sie das gewußt? Dem Mann war der im Text erwähnte Grundsatz niemals in Fleisch und Blut übergegangen.

³) Bei dieser Gelegenheit sei auch auf seinen Aufsatz JW. 1919, 4 verwiesen.

K. Mayer, Landgerichtspräsident in Heilbronn: **Das württ. Ausführungsgesetz zum BGB. und zu dessen Nebengesetzen.** I. Teil, 3. Abt. Stuttgart 1921. J. B. Metzler. S. 477—639.

In JW. 1921, 884 wurde das Werk von anderer Seite im allgemeinen und die Abt. 1 und 2 im besonderen besprochen. Die Abt. 3 enthält hauptsächlich eine Erläuterung der das Notariat betreffenden Gesetzesbestimmungen. Das württ. Notariat weist gegenüber den anderen Teilen Deutschlands eine Besonderheit auf. Zu öffentlichen Notaren werden auch Akademiker bestellt und tatsächlich sind einzelne Rechtsanwälte zugleich Notare. Herkömmlich ist aber, daß auch die frühere sog. niedere Justizdienstprüfung, nun Prüfung für den mittleren Justizdienst genannt, die mit der Prüfung der Gerichtsschreiberbeamten identisch ist, die Befähigung zur Verleihung des Notariats gibt. Weil aber die beamteten, dem mittleren Justizdienst entnommenen Notare, welche Vorsitzende des Nachlaßgerichts und des Vormundschaftsgerichts, sowie Grundbuchbeamte sind, daneben (mit Ausnahme der nur zu Grundbuchbeamten bestellten) auch als öffentliche Notare tätig sind, ist tatsächlich das öffentliche Notariat weit überwiegend in den Händen der nicht akademischen Notare geblieben. Letztere wachen ängstlich und eifersüchtig, daß an diesem Rechtszustand nichts geändert wird. Die württ. Regierung hat sich bis jetzt zu einer Änderung nicht entschlossen, wohl wegen der Unannehmlichkeiten des nicht zu vermeidenden Übergangs. Die Folge ist aber, daß die nicht akademischen Notare auch die Vertragspraxis, soweit sie eigentliche Rechtsanwaltstätigkeit ist, zum Nachteil der württ. Rechtsanwälte in weitem Umfang erobert haben. Eine Kritik dieses Zustands wird von den nicht akademischen Notaren vielfach mit Unterschiebung unsachlicher Gründe beantwortet. Diese für die württ. Verhältnisse sehr wichtige Frage hat der Verf. in dem Buche leider nicht erörtert, obwohl er hierzu ganz besonders befähigt gewesen wäre. Was in der schon erwähnten Besprechung der früher erschienenen Teile über die großzügige Anlage des Werks und die vollständige Beherrschung des Stoffes angeführt wurde, gilt auch für die Fortsetzung. Insbesondere nimmt der Verf. auch hier selbständig Stellung zu allen Fragen, sowohl hinsichtlich des Gesetzesinhalts, wie der Rechtsprechung und Literatur. Er darf es auch als einen Erfolg verzeichnen, daß bei dem zur Zeit in der Fertigstellung begriffenen Entwurf einer Neufassung des Gesetzes seine Ansichten vielfach Berücksichtigung fanden. Als ein Beispiel für viele hinsichtlich des Eingehens auf alle Einzelheiten möge auf die Bestimmung des Art. 110 betr. das Handeln von Bevollmächtigten hingewiesen werden. Wenn hier der Verf. es für zu weitgehend erachtet, daß vorgelegte Vollmachten und Ausweise über die Berechtigung gesetzlicher Vertreter in Urschrift oder beglaubigter Abschrift bei dem notariellen Protokoll zurückzubehalten seien, so kann dem zwar nicht beigetreten werden; die praktische Erfahrung rechtfertigt vielmehr die Gesetzesvorschrift. Aber diese eingehende Behandlung beweist, wie sehr der Verf. keiner Frage theoretischen oder praktischen Inhalts aus dem Wege geht.

Ich möchte daher auch wiederholen, was in der ersten Besprechung gesagt wurde, daß niemand, der sich mit württembergischem Privatrecht beschäftigt, an diesem Kommentar vorbeigehen kann.

RA. Dr. Heß, Stuttgart.

Ebel, Regierungsrat im Reichsarbeitsministerium: **Reichsmietengesetz.** (Heymann.)

Genthe, Rechtsrat, 1. Vors. des MEA. Ludwigshafen: **Reichsmietengesetz.** (Bensheimer.)

Götzel, Rechtsanwalt, 1. Vors. der Mietervereine des Berliner Westens: **Reichsmietengesetz.** (Elsner.)

v. Frankenberg, Stadtrat in Braunschweig: **Reichsmietengesetz mit Erläuterungen.** (Geibel.)

Von den drei Kommentaren macht wohl keiner den Anspruch auf wissenschaftlichen Wert. Es sind Schnellarbeiten, die möglichst zuerst am Platze sein wollten. Für die Praxis ist ihr Wert dadurch begrenzt, daß das Reichsmietengesetz ohne die Ausführungsbestimmungen ein Messer ohne Klinge bedeutet. Mit diesem Vorbehalte ergibt die Würdigung des Inhalts, daß die Ebelsche Ausgabe dem Gesetzsinn am besten gerecht wird. Ebel geht auf viele Einzelfragen ein und bemüht sich mit gutem Erfolg, die Bestimmungen in ihrem Zusammenhange mit dem bürgerlichen Recht und dem formellen Mietsonderrecht zu erfassen. Seine Darstellung gewinnt noch dadurch an Wert, daß den Erläuterungen eine gute systematische Darstellung vorausgeht. Von den beiden anderen Ausgaben verdient die Genthesche den Vorzug. Auch Genthe erläutert das Gesetz eingehend und, soweit erkennbar, auch zutreffend.

Am wenigsten gründlich ist der Kommentar von Götzel. Der Verf. ist Vorsitzender von Mietervereinen. Diese Stellung erklärt vielleicht einige dem Hauswirt ungünstige Auslegungen des Verf. (vgl. S. 38 f., 77: Stempelsteuer, Verwaltungskosten, Teilnahme an der Mietervertretung). Andere Bemerkungen sind rechtlich bedenklich (S. 17 III: „Prozeßvoraussetzung", S. 26: widerspruchsvolle Ausführungen über eidesstattliche Vernehmung des Vermieters, S. 32: Begründungszwang für MEA., S. 57: Erwerb sei bereits die Erlangung der Vermieterstellung).

Der Praktiker wird allen drei Ausgaben gegenüber sich solange zurückhaltend zeigen, bis die Ausführungsbestimmungen erschienen sind. Die Verfasser hätten durch Kritik an dem umständlichen System der Prozentzuschläge dazu helfen können, daß der Umlagegedanke wenigstens auf dem Umwege des Landesrechts zum Siege kommt. Nur Ebel bespricht die Umlegung (S. 75, 144), während Götzel sie kaum streift (S. 87) und Genthe nichts darüber bringt. Besonders dankenswert wäre es auch gewesen, wenn die Verfasser an allen geeigneten Stellen ihre Ansicht über die praktische Durchführbarkeit des Gesetzes zum Ausdruck gebracht hätten. Sie hätten dann wahrscheinlich gesagt, daß die Tatbestände und die Berechnungsvorschriften des Reichsmietengesetzes für 90% der Vermieter und 99% der Mieter unverständlich sein dürften, und daß es Aufgabe der Landesbehörde sein muß, unter ausgiebiger Anwendung des § 22 brauchbare Regeln erst zu schaffen. Damit würde freilich das Reichsmietengesetz praktisch in weitem Umfange ausgeschaltet und gleichzeitig die Arbeit aller Verfasser entwertet werden.

Die mir nachträglich zugehende Ausgabe von Frankenberg muß als durchaus unzulänglich bezeichnet werden. Verf. gibt sich nicht die Mühe, mit eigenen Gedanken in den Stoff einzudringen, sondern beschränkt sich fast durchweg auf eine Sammlung von Auszügen aus der Begründung und den sonstigen Materialien des Gesetzes. Es wirkt teilweise geradezu komisch, wenn ausführlich und mit ängstlicher Genauigkeit wiedergegeben wird, was Abgeordnete und Ministerialreferenten über die eine oder andere Bestimmung gedacht haben. Eine solche Arbeit ist für die Praxis unbrauchbar.

Prof. Dr. Hein, Vors. des MEA. Halle.

Was bringt das Reichsmietengesetz? Gemeinverständlich dargestellt von Dr. **Martin Ebel**, Regierungsrat im Reichsarbeitsministerium. **Carl Heymanns Verlag.** 1922. Preis 6 M.

Die 16 Seiten lange Schrift enthält eine kurze, übersichtliche, gemeinverständliche Darstellung der durch das RMietG. geschaffenen Rechtslage. Sie erläutert insbesondere in prägnanter Form die Begriffe der „gesetzlichen Miete" (§ 1) — Grundmiete (§ 2), Zuschläge (§§ 3, 7, 10) — und der „Instandsetzungsarbeiten" (§§ 5—9), ferner die Vorschriften über Sammelheizung und Warmwasserversorgung (§§ 12, 13), Vermietung möblierter Zimmer (§ 14), Berechnung der Miete bei gewerblichen Räumen (§ 10) und endlich die Rechte des Mieterrats (§ 17). An Hand zahlreicher Beispiele werden die in der Praxis besonders häufig vorkommenden Fälle erörtert. Der Verf. ist mit der Ausarbeitung des Gesetzentwurfes betraut gewesen und hat an sämtlichen Verhandlungen über die Festlegung der Fassung des Gesetzes teilgenommen; er ist daher über die Gründe für die Abfassung der einzelnen Gesetzesbestimmungen genau unterrichtet. Auch stand ihm das gesamte amtliche Material zur Verfügung. Die Schrift will, wie der Verf. im Vorworte sagt, „Mietern und Vermietern, sowie allen Stellen, die bei der Durchführung des RMietG. mitzuwirken haben, das Verständnis des Gesetzes erleichtern". Sie kann aber auch Juristen warm empfohlen werden. Ihr Preis beträgt nur 6 M.

LGR. Lilienthal, Berlin-Friedenau.

Dr. jur. **Rhodovi: Mißstände im landwirtschaftlichen Pachtwesen.** Kommissionsverlag Georg Schades Buchhandlung, Bad Salzuflen in Lippe. 1922. 50 Seiten im Großformat. Preis 15 M.

Der Verf. hat seine bei Besprechung des Entwurfes zur neuen Pachtschutzordnung im RArbM. gehaltene Rede mit nachträglicher Ausarbeitung und Ergänzung in Druck gegeben. Er ist einer der Vorkämpfer der Verpächterinteressen und seiner eigenen, da er — wie er ausführt — selbst Verpächter und Notleidender der Inventarfrage ist.

Daraus ergibt sich, daß die Arbeit naturnotwendig den Stempel der Interessenwahrnehmung trägt; das macht sie aber keineswegs zu einer einseitigen Kampf- (richtiger wohl: Verteidigungs-) Schrift. Die Arbeit überrascht durch eine eingehende Darstellung der wirtschaftlichen, sozialen und juristischen Gesichtspunkte und viel interessantes Tatsachenmaterial.

Rhodovi geht aus von den Mißverhältnissen zwischen Leistung und Gegenleistung in einem laufenden vor 1914 abgeschlossenen Pachtvertrag, und zwar an der Hand eines sehr krassen Falles der Praxis, der nach Rhodovi aber als Normalfall anzusprechen ist. Ein Pächter, dessen Pachtzins von 40000 M erst in den letzten Jahren auf 80000 M erhöht ist, hat sich ein Vermögen von 10000000 M aus der Pachtung erworben (Reinverdienst 1919/20: 2,6; 1920/21 gar 4,2 Millionen Mark) und verlangt jetzt noch die Inventardifferenz mit 2,5 Millionen Mark. Den Steigerungen des Pächterverdienstes (anderer Fall), beginnend 1914 mit 30%, steigend 1919 auf 1300%, 1920 auf 5000, 1921 auf 9000%, stellt er die wachsenden durch den Pachtzins in keiner Weise gedeckten Unkosten der Verpächter (insbesondere Baulasten, Steuern und Vermögensabgaben) gegenüber. Von besonderem Interesse sind auch seine (einem Aufsatz von Dr. Rothkegel) entnommenen Angaben über die Änderung der Wertverhältnisse der Bestandteile eines Landgutes: Boden (früher 59 jetzt 22,4%), Gebäude (früher 26 jetzt 18%), totes Inventar (früher 4 jetzt 12%), lebendes Inventar (früher 11, jetzt 47,6%!).

Rhodovi beleuchtet mit eingehendem statistischen Material und ohne Zurückhaltung in der Verdienstfrage, die sich aus diesen Verhältnissen ergebenden verschiedenen Fragen rechtlicher und volkswirtschaftlicher Bedeutung, erörtert die Kreditfragen und die steuerlichen Folgen und stellt die Frage, was bislang auf diesem nicht nur für die Verpächter, sondern auch für die Volkswirtschaft wichtigen Gebiete geschehen sei. Er geht dabei ins Gericht nicht nur mit den Gründen und Beweisführungen der Gegenpartei (Pächter), sondern auch mit der Stellungnahme der Behörden, landwirtschaftlichen Organisationen und der Rechtsprechung der Pachteinigungsämter.

In dem Entwurfe einer neuen Pachtschutzordnung sieht er eine völlig unzureichende Lösung und beschäftigt sich insbesondere mit dem Satze des Entwurfes: „Die Wirkung der Geldentwertung als solche ist als eine schwere Unbilligkeit nicht anzusehen." Man wird ihm ohne weiteres zugeben müssen, daß dieser Satz ein wenig merkwürdig anmutet und daß es bei Licht besehen nur die Geldentwertung ist, die eine Änderung des Pachtzinses verlangt. In der Tendenz der Pachtschutzgesetzgebung dürfte es m. E. zwar liegen, daß keine Anpassung an die jeweilige Valuta verlangt werden kann (diesen billigen Ausweg schafft die Praxis neuer Verträge notgedrungen mit einem Körnerpachtzins); man wird aber nicht sagen können, daß die Wirkung der Geldentwertung nicht als schwere Unbilligkeit anzusehen sei; etwas anderes ist es, wenn verlangt wird, daß die Spanne ein gewisses Maß erreicht haben muß, um schwere Unbilligkeit des Verhältnisses von Leistung zu Leistung festzustellen. Rhodovi untersucht die Fragen der Unbilligkeit und der Geldentwertungswirkung eingehend und erörtert dabei auch die neueste Rechtsprechung des RG. zur sog. clausula rebus sic stantibus. Man wird ihm zugeben müssen, daß es abwegig ist, wenn gesagt wird, die Pachtschutzordnung stehe unter dem Grundsatz: „pacta sunt servanda", und zwar nicht nur wegen der Kündigungsbeschneidung und Zwangsverlängerung, sondern auch aus dem Gesichtspunkte, daß die Verpächter gehindert werden, die sich aus dem „pacta sunt servanda" i. S. von § 242 BGB. ergebenden Ansprüche der vom RG. anerkannten Grundsätze der clausula rebus sic stantibus bei langfristigen Verträgen geltend zu machen. Er verlangt in dieser Konsequenz eine Bestimmung in der PSchO., nach der die PEA. berufen sind, das wirtschaftliche Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung, das durch veränderte Verhältnisse beseitigt ist, wiederherzustellen, zum mindesten aber bei solcher Veränderung einen billigen Ausgleich zu schaffen.

Sehr eingehend äußert Rhodovi sich dann zur wirtschaftlichen und insbesondere rechtlichen Seite der Schätzungsinventarfrage und verwertet dabei das bislang entstandene Schrifttum zu dieser rechtlich interessanten Frage, und zeigt, daß sie für manchen Verpächter

eine Daseinsfrage bedeutet. Er verlangt für eine gesetzliche Regelung und zwar i. S. einer legalen Interpretation des § 589 Abs. 3 BGB., indem er einen Naturalschätzungswert zugrunde gelegt und die Differenz zwischen einem Naturalwertsunterschied in Preisen der Rückgabezeit ausgezahlt wissen will.

Mir erscheint es fraglich, ob eine solche gesetzliche Regelung nötig ist; es hieße zugeben, daß es bei richtiger Auslegung des jetzigen Gesetzes im Grundsatze anders wäre. Ich stehe auf dem Standpunkt, daß das, was Rhodovi will, schon jetzt rechtens ist (vgl. Recht 1921, 41 und 129; sowie JW. 1922, 65). Neuerdings hat sich Vizepräsident Lindemann (Recht 22, 45) zu dieser Frage geäußert und beantwortet die Rechtsfrage im entgegengesetzten Sinne. Er stellt die Frage, „ob sich die aus der Ersetzung der Goldmark durch Papiermark entstehende Wertverschiebung zu Lasten des Verpächters oder Pächters vollzieht"; das scheint mir nicht ganz zutreffend gefragt; ich kann nicht anerkennen, daß es ein „zu Lasten" des Pächters ist, wenn er das ihm übergebene Inventar in gleicher Menge und Güte zurückliefert, ohne mehrere Hunderttausend Mark für die Erfüllung seiner Pflicht zu erhalten. Richtig ist, daß die Entwertung zu Lasten des Gläubigers einer Geldleistung geht; Lindemann geht weiter und stellt diesen Satz für den Gläubiger einer „in Mark bewerteten Leistung" auf und nimmt an, daß der Pächter nicht Rückgabe bestimmter Sachen schulde, sondern die Verpflichtung zur „Leistung in Mark geschätzter Werte", die gegenüber einer reinen Geldschuld nur die Besonderheit habe, daß sie „soweit der Inventarwert reicht, durch Sachleistungen zu decken ist". Geht man von diesen Grundsätzen, die m. A. dem Wesen der Verpachtung eines Landgutes mit Inventar und auch der Schätzungsabrede widersprechen und die sich m. A. weder mit dem Gesetze, noch aus dem Sinne der Abrede begründen lassen, aus, dann handelt es sich, wie Endemann zutreffend sagt, bei der Schätzungsabrede um die „Auflösung des Inventars in einen Wertbrei" und dann mögen die gezogenen Schlußfolgerungen begründet sein. Aber für diese Charakterisierung der Inventarrückgabepflicht fehlt es m. A. am Beweise.

Eine Bekämpfung der Ansicht Lindemanns muß ich mir hier versagen; wesentlich war es mir nur, darauf hinzuweisen, daß man sich im Schrifttum keineswegs einig ist über die Lösung und um so begreiflicher ist der Wunsch Rhodovis nach gesetzlicher Sicherung. Es scheint mir aber richtiger, jedenfalls zunächst die Stellungnahme des RG. abzuwarten, da hiervon doch wohl ein „Roma locuta, causa finita" für absehbare Zeit zu erwarten ist. Fällt sie im Sinne der Pächterseite aus, dann scheint allerdings auch mir gesetzliche Abhilfe nötig, denn es handelt sich nicht darum, wer von zweien den Valutaschaden tragen soll, sondern ob einer ohne Grund auf Kosten des anderen unberechtigte Gewinne ziehen soll. Diese Lage scheint mir Rhodovi zutreffend dargestellt zu haben.

Es handelt sich bei der Arbeit um die Ausführungen eines Mannes, der der Sache nicht neutral gegenübersteht, aber der als Partei in der Sache steht und so viel Wissenswertes in eifrigster Arbeit, Forschung und Sammlung tatsächlichen Materials zusammengetragen hat, daß er nicht nur als Partei gehört zu werden verdient, sondern auch sehr zur Förderung der wissenschaftlichen Lösung beigetragen hat, mag es auch notwendig sein, daß „audiatur et altera pars". Die Schrift kann allen, die mit der Frage sich beschäftigen wollen, sehr empfohlen werden.

Ministerialrat Breme, Berlin.

Das Höferecht der Provinz Hannover von Schatzrat Dr. **Wolfgang Drechsler**, Direktor der Hannoverschen Landeskreditanstalt. Mit einem Anhang: Das Waldgutsrecht der Zwangsauflösungsverordnung für Familiengüter vom 19. November 1920 von Oberlandesgerichtsrat **Otto Quirll**, stellvertr. Präsident des Auflösungsamtes Celle, unter Mitwirkung des Herausgebers. Dritte Auflage. Heft XXVI der Arbeiten der Landwirtschaftskammer für die Provinz Hannover. — Verlag der Landwirtschaftskammer der Provinz Hannover. 1921. 115 Seiten.

Das Höfegesetz der Provinz Hannover v. 28. Juli 1909 ist wohl unser juristisch bestes Anerbenrechtsgesetz. Das Anerbenrecht ist ein altes Recht der Bauernwirtschaft und fußt auf dem durchaus gesunden volkswirtschaftlichen Gedanken, daß die Stellung der erbenden Familienmitglieder zurückstehen muß gegenüber dem wichtigeren Erfordernis der dauernden Erhaltung eines wirtschaftskräftigen landwirtschaftlichen Betriebes, ein Gedanke, der sich in dem alten deutschen Rechtssprichwort: „Der Bauer hat nur ein Kind" ausprägt. Der Kernpunkt dieses Rechtes liegt nicht in einer Bevorzugung des ältesten Sohnes vor seinen Geschwistern, sondern das Landgut selbst ist das bevorzugte Subjekt. Nicht private Familieninteressen sind es, die befriedigt werden sollen, sondern das öffentliche Interesse an Erhaltung wirtschaftkräftiger Ackerbetriebe steht durchaus im Vordergrund.

Der Gedanke des Anerbenrechtes ist — besonders im Westen — ein alter, und doch entspricht er durchaus den ganz modernen Anschauungen der Neuregelung des Bodenrechtes und der Siedelungsbestrebungen; sein wesentlichster Inhalt, die Erbrechtsregelung, bedeutet letzten Endes eine Entkapitalisierung des Grund und Bodens. Die Verwertung dieser Regelung wird, ebenso wie sie bei den Ansiedelungs- und Rentengütern schon Platz greift, auch z. B. bei der Heimstättengesetzgebung in die Erscheinung treten.

Es ist nicht ohne Interesse, daß sich trotz der Schlechterstellung der Geschwister gegenüber dem Anerben nicht etwa eine Lösung der familiären Bande gezeigt hat, sondern im Gegenteil der Zusammenhang der Familie offenbar gefördert worden ist.

Das Höferecht ist kein Zwangsrecht, die Eintragung in die Höferolle erfolgt nur auf Antrag des Eigentümers, und dieser kann jederzeit Löschung beantragen. Daß gleichwohl zur Zeit rund 75 000 hannoversche Bauernhöfe in den Höferollen eingetragen sind, beweist, daß diese volkswirtschaftlich wertvolle Einrichtung auch den gesunden Auffassungen des alten niedersächsischen Bauernstammes entspricht. Im benachbarten Westfalen hat diese tiefwurzelnde Auffassung dazu geführt, daß die Anerbengutseigenschaft ohne Antrag des Eigentümers auf Ersuchen der Landeskulturbehörden in das Grundbuch eingetragen wird.

Aus den erörterten Gründen muß die neue Auflage des Kommentars auch über die Grenzen des hannoverschen Geltungsbereiches hinaus ein besonderes Interesse beanspruchen. Aber noch aus einem anderen Grunde. Die Gesetzgebung über die Auflösung der Fideikommisse, Stammgüter usw. hat in Wahrung öffentlicher Interessen ein Sonderrecht eingeführt für Waldgüter, Deich-, Wein- und Landgüter, sowie für Wald- usw. Stiftungen, und dieses Gutsrecht hat sich neben anderen Bestimmungen auch angelehnt an das Anerbenrecht und dabei das hannoversche Höferecht als Vorbild genommen und seine Bestimmungen teilweise angezogen. Damit hat dieses provinzielle Recht die Provinzgrenzen überschritten und beansprucht Kenntnis in allen preußischen Provinzen.

Das besprochene Buch wird also nicht nur in der Provinz Hannover seine Abnehmer finden, sondern auch in den anderen Provinzen wertvolle Dienste leisten.

Die Arbeit der beiden Verfasser ist eine sehr verdienstvolle. Bei den einzelnen Bestimmungen ist eine eingehende, die Zweifelsfragen berücksichtigende Kommentierung gegeben. Dabei sind abweichende Ansichten des recht guten Kommentars zum hannoverschen Höfegesetz von Linckelmann berücksichtigt und gewürdigt. Die Bearbeitung ist wissenschaftlich und tiefgründig, aber auch gemeinverständlich und wird auch dem Nichtjuristen die wünschenswerten Aufschlüsse geben. Die Verquickung rein juristischer mit wirtschaftlichen Fragen ist glücklich gelöst.

Auf Einzelheiten einzugehen, verbietet der Raum. Nur eine Frage sei berührt. Die Verfasser glauben, daß die Gutswertberechnung bei der Auseinandersetzung nicht Platz greife, wenn im Testamente Vor- und Nacherbschaft angeordnet sind. Die Ansichten über diese nicht unwichtige Frage haben geschwankt. Eine schlüssige Begründung für die Verneinung wird nicht gegeben; die Annahme, daß die Auseinandersetzung zu Schwierigkeiten führe, kann nicht als zutreffend angesehen werden. Auszugehen ist m. A. von dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses an der Erhaltung der Wirtschaftskraft des Gutes, und dieser Gesichtspunkt führt zu einer Bejahung der Anwendung der Auseinandersetzungsbestimmungen, es sei denn, daß sich aus dem Testamente klar ein gegenteiliger Wille ergibt.

Die verdienstvollen Ausführungen Quirlls zum Waldgutsrechte und zum Rechte der Waldstiftungen bringen eine begrüßenswerte Aufklärung dieses rechtlich nicht einfachen Stoffes. Seine Ansichten sind zum Teil bestätigt zum Teil aber auch überholt durch das Gesetz v. 7. Jan. 1922 und durch Rechtsentscheide des Landesamtes für Familiengüter, die nach § 27 Abs. 4 ZwAuflVO. für die Auflösungsämter bindend sind. Es handelt sich hier um ein junges, noch werdendes Recht, und es muß anerkannt werden, daß der Bearbeiter in hohem Maße zur wissenschaftlichen Bearbeitung und Klärung beigetragen hat. Bei der Differenz der beiden Verfasser in der Frage der Rechtsstellung des Ehegatten bei Gütergemeinschaft (S. 94) möchte ich mich der Ansicht Quirlls anschließen. Alles in allem handelt es sich um eine in hohem Maße anerkennenswerte, der Wissenschaft wie auch der Praxis dienende Bearbeitung des neuen Rechtes, die insbesondere zunächst den beteiligten Kreisen, aber auch den in Frage kommenden Behörden, Auflösungsämtern, Forstaufsichtsbehörden, Grundbuchämtern und den ordentlichen Gerichten, sowie endlich auch den Rechtsberatern wertvolle Dienste leisten wird.

Ministerialrat im Preuß. Justizministerium Breme, Berlin.

Detlef Schmude: Durch Arbeit zur Siedelung. August Scherl, Berlin. 101 S.

Die Besprechung des Buches gehört vielleicht nicht in die JW., und doch wäre es geradezu eine Versäumnis, wollte man nicht die Schrift jedem Leser, sowohl denen, die den Namen Schmude in Verbindung mit dem Siedelungsgedanken schon kennen, wie auch denen, für die er etwas Neues ist, dringend empfehlen. Ein prächtig geschriebenes, frisches Buch, aus dem der ganze tatenfrohe und vertrauensvolle Idealismus des Verf. zutage tritt. Mit dem Gedanken an die Kriegerheimstätten kehrte der Hauptmann aus dem Felde zurück und dieser Gedanke gewann Kraft in den schwierigen Tagen der Demobilisation. Wie nun der Gedanke,

in dem verarmten Deutschland aus eigener Kraft zu siedeln, der Gedanke „Siedelung durch Arbeit“, gemeinsame Arbeit der Handarbeiter und der Kopfarbeiter, Siedelung im Urgebiet der Produktion, an den Kohlengruben, zur Tat wurde, zunächst mit einem Haufen gesammelter Arbeitsloser aus Magdeburg, wie in dem Bergarbeiterdorf Völpke die ersten Häuser entstanden, wie die Siedelungsgemeinschaft „Neudeutschland“ entstand, wie aus all den Schwierigkeiten, dem Kampf mit der Bureaukratie, den Grundbesitzern, den Unternehmern, dem Mißtrauen der Arbeiter selbst, den politischen Abneigungen und Zuneigungen an Stelle des bloßen stürmischen Idealismus eine planvolle Arbeit entstand, wie der Name Schmude schließlich zu einem Programm wurde, das muß man selbst lesen. Nur zweierlei sei noch hervorgehoben: Der Gedanke, daß der Facharbeiter Überstunden in seinem Fach leistet, um mit deren Ertrag die zur Errichtung seiner Siedlung tätigen Arbeitskräfte abzugelten, trifft sich mit dem ähnlichen Gedanken Soldans in seiner „9. und 10. Stunde“. Ich weiß nicht, wer von beiden ihn zuerst vertreten und ob ihn einer von dem anderen entlehnt hat. Sodann: Immer wieder lesen wir bei Schmude, daß die Arbeiter selbst „instinktiv fühlten, daß es ohne Führer nicht ging“, daß sie selbst verlangten, der Geistesarbeiter solle nicht karren, er leiste mehr, wenn er mit seinen Fähigkeiten auf seinem Gebiete arbeite, Kopf- und Handarbeiter müßten vertrauensvoll zusammenarbeiten; nötig seien aber Führer, Menschen, die, selbst begeistert und begeisternd, zielbewußt lenken. Diese Erörterungen zwingen gerade in den jetzigen Zeiten zu belehrenden und nachdenklichen Erwägungen — aber das gehört nun sicher nicht in die JW.

Geh. JR. Dr. Heilberg, Breslau.

Geh. Regierungsrat Dr. **J. Krech: Die Reichsgesetze über den Unterstützungswohnsitz**, die Freizügigkeit, die Reichs- und Staatsangehörigkeit, nebst den auf ersteres Gesetz bezüglichen landesgesetzlichen Bestimmungen sämtlicher Länder. Neunte, vermehrte und verbesserte Auflage, herausgegeben von Reh. Regierungsrat **P. A. Baath**, Miedglied des Bundesamts für das Heimatwesen. (Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 8.) Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. Berlin und Leipzig 1922. Vereinigung wissenschaftlicher Verleger. 522 S. Preis geb. 58 ℳ.

Ein alter zuverlässiger Freund, der sich in neuem, aufgefrischtem Gewande darstellt. Zur ersten Orientierung und für die tägliche Praxis bei einfachem Tatbestand vorzüglich. Doch ist weiterer Ausbau erwünscht. Das ganze UWG. nur auf 69 Seiten (einschließlich Text!) erläutert. Die landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen reichen dagegen von S. 70—482. Auch hier gute Anmerkungen. Aber das quantitative Verhältnis von Hauptteil und Anhang ist doch zu wenig normal. Es zeigt sich, daß die Aufnahme verwandten Stoffes (Freizügigkeits-, Staatsangehörigkeitsgesetz) den Raum für das UWG. zu sehr einengt. Also für dieses wünschte ich bei nächster Auflage mehr. Auch wird nicht auf die so reichlich vorhandenen Streitpunkte verwiesen. Wer nur das Buch benutzt, könnte meinen, es herrschte in Rechtsprechung und Verwaltung eitel Meinungsharmonie. Die Reichsverordnung über Erwerbslosenfürsorge v. 1. Nov. 1921, die zu § 14 UWG. herangezogen wird, ist wieder durch VO. v. 21. März 1922 (RGBl. 280) geändert.

Prof. Dr. Stier-Somlo, Cöln.

Dr. **Paul Gehring: Elterliche Personengewalt und Vertrag nach BGB.** Berlin 1920. Emil Ebering. 122 S.

Verf. behandelt ein Thema, das zunächst „theoretisch“ anmuten könnte. Eine kurze historische Einleitung (I. Abschnitt, S. 3 bis 10) führt gut in die Materie ein. Der zweite (Haupt-) Abschnitt betrifft das geltende Recht (S. 11—103).

Die Frage gilt zunächst dem „Wesen der elterlichen Gewalt“. Publizistisch oder privatrechtlich? Verf. entscheidet sich mit Recht für letztere Alternative. S. 14. „So wenig wir jeden Staatsbürger als unter Polizeiaufsicht stehend bezeichnen nur deshalb, weil im Betretungsfalle die Polizeigewalt gegen ihn einschreiten kann, ebensowenig dürfen wir jeden Inhaber der elterlichen Gewalt als unter Aufsicht des Vormundschaftsgerichts stehend bezeichnen.“ Elterliche Gewalt ist Vollgewalt und auch einzelnes Elternrecht (S. 19). (Man könnte dabei an das Verhältnis von „Testament“ und „letztwilliger Verfügung“ denken.) Verf. geht den einzelnen Elementen nach und nimmt dabei ein eigenes „Erforschungsrecht“ an (S. 25). Beim Herausgabeverlangen (S. 30 f.), der „Kindesvindikation“ (Kohler), wird die Frage des „Besitzes“ am Kind nicht berührt; ebensowenig später bei der „Ermächtigung“ S. 74 f. S. 90 wird dagegen gesagt: „Verbotene Eigenmacht und Besitzschutz muß ausscheiden, weil die fraglichen Bestimmungen nur in Beziehung auf Sachen anwendbar sind und ihrer ganzen Natur nach auch eine analoge Anwendung nicht zulassen.“ Das ist alles zu diesem Problem. Die knappe Verweisung auf die Literatur zeigt nur, daß Verf. die Frage immerhin im Auge hatte. Die Anmerkung S. 90 in dem dortigen Zusammenhang mag als richtig angenommen werden: sie kann aber nicht sonst als zutreffend anerkannt werden. Es gibt Fragen, die ohne „Besitz“ m. E. nicht zu lösen sind. Verf. hätte vielleicht noch tiefer damit fundieren können.

S. 34 ff. kommt Verf. zu dem Hauptthema: „Personensorge und Rechtsgeschäft.“ Herrschende Lehre ist die Unverzichtbarkeit und Unübertragbarkeit der elterlichen Gewalt. „Gegensätzliche Erscheinungen“ sind „Einwilligung zu Statusänderungen“, Verzicht auf Nutznießung S. 47 f., Verzicht auf das Verkehrsrecht (S. 49), — aber am Grundsatz ändern sie nichts. „Die Begründung“ dieses Grundsatzes (S. 52 ff.) führt uns auf Entstehungsgeschichte des BGB. und Literatur. „Mit dem Nachweis der Unverzichtbarkeit der Personensorge ist aber das letzte Wort noch nicht gesprochen“ (S. 64). Wie steht es, wenn die Eltern untereinander oder der Vater mit Dritten einen „Erziehungsvertrag“ geschlossen haben? Was Verf. hier bringt, ist sehr beachtlich. „Familienrechtliche Treuhänderschaft?“ (S. 72). Verf. operiert mit „Ermächtigung“ (S. 73 ff.). Ich lehne diesen Gedanken nicht ab. Die Ausweitung der „Ermächtigung“ ist zu begrüßen. Ob sie nicht hier mit dem „Besitz“gedanken zu kombinieren wäre?

Zu scheiden ist der „schuldrechtliche Vertrag“ S. 78 f. — und die Ermächtigung, das wäre wohl ein Teil der Erfüllung. Die Ermächtigung nun kann, muß aber nicht unwiderruflich sein. Verf. will gewissermaßen den Gedanken des § 127 d der GewO. verallgemeinern; darauf läuft praktisch sein Ergebnis (S. 102) hinaus, das auch dem Verlangen der an der Jugendpflege Beteiligten wohl Genüge tun kann (S. 102).

Es ist anzuerkennen, daß Verf. damit in der Tat ein brauchbares Resultat gewonnen hat. Der Weg ist interessant und viele Einzelfragen von praktischer Bedeutung sind dabei berührt. Ich vermisse aber, wie erwähnt, die eingehende Behandlung der Besitzfrage. Ein Abdruck der Anmerkungen unter den betreffenden Stellen des Textes wäre m. E. dem geschlossenen Abdruck am Ende des Buches bei weitem vorzuziehen gewesen.

Geh. Hofrat Prof. Dr. Neubecker, Heidelberg.

Dr. **A. Thurner: Die Buchführung der Rechtsanwaltskanzlei.** Innsbruck 1921[1]).

Der Verf. ist österreichischer Rechtsanwalt, sein Buch ist für österreichische Rechtsanwälte geschrieben, wenn auch die Stellung der deutschen Rechtsanwälte eine sehr ähnliche ist, so stößt man doch auf viele Abweichungen, ganz besonders in der Gebührenordnung. Schon die Ausdrucksweise berührt mitunter recht fremdartig, so die Expensen, Deserviten, die Manipulationsgebühren. Die Buchführung, die der Verf. den Rechtsanwälten empfiehlt, ist eine Übertragung der kaufmännischen Buchführung, wie sie bei größeren Handelshäusern besteht, auf die Geschäfte des Rechtsanwalts mit Konten, für die einzelnen Klienten mit Kredit und Debet, mit Soll und Haben. Er verlangt eine jährliche Inventur mit Zugang, Abgang und Abschreibungen, eine Jahresbilanz, monatlichen Probebilanzen, ja sogar eine Eröffnungsbilanz. Die Buchführung soll ganz wie die kaufmännische durchaus exakt sein, eine irrtümliche Eintragung soll nicht gestrichen, sondern storniert werden. Die Buchführung soll so sein, daß alles täglich „in Evidenz“ ist. Zu einer solchen Buchführung gehört natürlich eine große Zahl Bücher. Der Verf. verlangt sechs Grund- oder Hauptbücher: ein Inventarbuch, ein Kassabuch, ein Expensarbuch, ein Memorial, ein Parteienhauptbuch, ein Kontokorrentbuch, daneben 14 Hilfsbücher: ein Wertpapierbuch, ein Mobilienbuch oder Utensilienbuch, ein Immobilienbuch, ein Vorschußbuch, ein Kostenbuch, ein Substitutionsbuch, ein Unkostenbuch, Haushaltungsbuch, ein Parteiengeldbuch, ein Depotsbuch, ein Expensenbuch, ein Ausgangsbuch für Kostenverzeichnisse, ein Rechtssachenregister, ein Vormerkkalender. Schon diese Aufzählung läßt erkennen, daß die vorgeschlagene Buchführung recht verwickelt und umständlich ist, größte Aufmerksamkeit und umfangreiche Arbeit erfordert.

Es ist sehr fraglich, ob für diese Arbeit auch, wenn der Rechtsanwalt einige Bücher selbst führt, ein Beamter genügt, der die nötigen Vorkenntnisse hat und auf dessen Sorgsamkeit und Gewissenhaftigkeit sich der Rechtsanwalt verlassen kann. Die Anstellung eines solchen, in der heutigen Zeit gewiß sehr teueren Buchhalters ist wohl in sehr großen Bureaus möglich, für mittlere und kleine Bureaus ausgeschlossen.

Der Verf. hat in seiner großen Vorliebe für eine systematische Methode der Buchführung die praktischen Gesichtspunkte aus dem Auge verloren. Viele von seinen Büchern sind überflüssig, so das Mobilienbuch, das Inventarbuch, und nun gar das Immobilienbuch, andere Bücher können durch Nebenspalten im Hauptbuch ersetzt werden, wieder andere sind unnötig, da die in den einzelnen Handakten notwendigen Abrechnungsblätter sie ersetzen. Die Geschäftsverhältnisse der Rechtsanwaltsbureaus sind so verschieden, daß eine Buchführung, wie sie für alle Bureaus paßt, überhaupt nicht gegeben werden kann. Jeder Rechtsanwalt wird seine Buchführung nach den Bedürfnissen seines Bureaus einrichten müssen. Das Buch des österreichischen Kollegen, das im ersten Teil über die Buchführung im allgemeinen, im zweiten Teil über die Buchführung im Rechts-

[1]) Siehe JR. Wagner, Bureaubuch des Rechtsanwalts und Notars. Berlin. 15. Aufl., Führung der Geschäftsbücher, Kassenführungen und Rechnungsarbeiten S. 41—68.

anwaltsbureau sich ausspricht, dann die einzelnen von ihm vorgeschlagenen Bücher in ihrer Bedeutung und ihrem Zweck erklärt und durch Beispiele erläutert, ist aber lesenswert, weil es eine exakte Buchführung im weitesten Umfange darstellt und jedermann sich daraus entnehmen kann, was für sein Bureau paßt.

Das Buch gibt auch Anleitung für den Fall, daß mehrere Rechtsanwälte sich vereinigt haben; von der Buchführung des Notars spricht es nicht.

JR. Wagner, Berlin.

Jahrbuch des Zivilrechts. Herausgeg. von Dr. **Hs. Th. Soergel**, bayer. Hofrat, Dr. **K. Becker**, Landesgerichtspräsident, Geh. Justizrat, Dr. **E. Scherling**, Kammergerichtsrat.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts, einschließlich der dieses Gebiet betreffenden steuerrechtlichen Entscheidungen. Herausgegeben von Dr. jur. **Otto Warneyer**, Reichsgerichtsrat in Leipzig, und Rechtsanwalt Dr. jur. **F. Koppe**, Schriftleiter der Deutschen Steuerzeitung in Berlin.

Das ungeheure Anschwellen der Rechtsprechung und des Schrifttums, welches trotz aller Papiernot, Druckkostensteigerung und dem damit unausbleiblich verbundenen großen Ansteigen der Bücherpreise nicht nachgelassen hat, machen es dem einzelnen Rechtsbeflissenen immer schwerer möglich, sich in der Fülle des Rechtsstoffes zurechtzufinden. Die Schwierigkeiten wachsen mit der Fülle der neuen Gesetze, die uns eine Gesetzgebung von geradezu beängstigender Fruchtbarkeit beschert. Um so nötiger werden Hilfsmittel und Leitfäden, die dem Juristen die erforderlichen Fundstellen an die Hand geben. Die altbewährten trefflichen Jahrbücher haben diese Pflicht auf sich genommen und ihre Existenzberechtigung ist unbestreitbarer denn je. Werden sie richtig benutzt, dienen sie in der Tat der wissenschaftlichen Vertiefung der Praxis und erleichtern auch der Wissenschaft ihre Aufgaben. Richtig benutzt werden sie allerdings nur dann, wenn der Nachsuchende sich nicht mit der naturgemäß stets in kurzer apodiktischer Form wiedergegebenen Inhaltsangabe der betreffenden Entscheidung oder Literaturstelle begnügt — dies würde allerdings auf einen öden und im Endergebnis gefährlichen Präjudizienkultus hinauslaufen —, sondern Veranlassung nimmt, die Entscheidung vor der Anwendung selbst nachzulesen.

Beide Bücher erscheinen in neuem stattlichen Gewande, vermehrt, und, wie ohne weiteres anerkennend bemerkt werden muß, verbessert. Dieses Soergelsche Handbuch umfaßt nunmehr das gesamte Reichs- und Landesrecht in den vergangenen Jahren. Im vergangenen Jahre wurde das Reichssteuerrecht zugenommen. Es ist auch nach anderer Richtung sehr bemerkenswert, daß in diesem Jahr nun auch das Arbeitsrecht hinzugekommen ist. Sehr dankenswert und die praktische Benutzbarkeit erleichternd ist das sorgfältig gearbeitete, alphabetische Schlagwörterverzeichnis, sowie das Namensverzeichnis der Verf. von Aufsätzen. Über den Umfang der Arbeit gibt die Tatsache Aufschluß, daß der Jahrgang 1922 nicht weniger als 5244 Rechtssätze und 2872 Aufsatzangaben enthält.

Auch Warneyer, welcher jetzt außer von Warneyer selbst, noch von Dr. Koppe, dem Schriftleiter der Deutschen Steuerzeitung, herausgegeben wird, hat das Steuerrecht hineinbezogen, wenn auch nicht das gesamte Steuerrecht, sondern nur die steuerrechtlichen Entscheidungen, die das in einem Jahrbuch selbst behandelte Rechtsgebiet betreffen, und zwar — an sich sehr praktisch und brauchbar — in systematischer Einordnung bei den betreffenden Gesetzesbestimmungen des Zivil- und Handelsrechts. Auch Warneyer weist nunmehr ein ebenfalls vortrefflich gearbeitetes alphabetisches Register auf.

In ihrer neuen Form werden die beiden Jahrbücher, jedes in seiner Art brauchbar, ja unentbehrlich, sich sicherlich neue Freunde zu den alten erwerben. Magnus.

Weisweiler: Die rheinpreußischen Notariatsarchive. Cöln 1921. 72 S.

Die kleine Schrift, ausgegangen von einem im Jahre 1917 vom Verf. auf Veranlassung des Herrn Staatssekretärs Dr. Mügel erstatteten Gutachten, hat in Fachkreisen außerordentliches Aufsehen erregt. Aus der Flut der Neuerscheinungen eine Schrift, die uns etwas zu sagen hat, schreibt ein süddeutscher Archivar darüber. Wie der durch die preußische Notariatsgesetzgebung bedrohte Urkundenschatz (bis zum Jahre 1900 nach vorsichtiger Schätzung schon etwa 10 000 000 Urkunden) zu erhalten und für die Wissenschaft fruchtbar zu machen sei, ist Gegenstand der Erwägung und bei unserer Armut einerseits, der Verständnislosigkeit mancher nächstbeteiligten Kreise andererseits, ernste Sorge der Historiker.

Weisweiler in seiner bekannten, auf ausgebreiteten Forschungen und praktischer wie wissenschaftlicher Durchdringung des Gegenstandes beruhenden gründlichen Art untersucht, von den klassischen Ländern der Rechtswissenschaft und Rechtsbildung, Italien und Frankreich, ausgehend das Wesen der Notariatsurkunden, die Bedeutung ihrer Aufbewahrung und ihrer Vereinigung in privaten und amtlichen Archiven, um ihrer endgültigen Aufnahme in ein einziges großes Sammelarchiv das Wort zu reden.

Er bringt reiches statistisches Material, dessen absolute Vollständigkeit zwar an der Indolenz einzelner Aktenverwahrer scheiterte, das aber doch eine genügende Grundlage für die Feststellung des Umfangs bildet, er stellt Berechnungen über den zu beschaffenden Raum an und gibt Fingerzeige, wie die Kosten ganz oder teilweise aufzubringen wären. Vor allem aber prüft er gründlich die Frage: „vernichten oder bewahren".

Der Zusammenhaltung der Akten in der durch die RheinNotO. und die vorhergegangene Gesetzgebung bestimmten Art, hat das PrFGG. durch die Anordnung, daß nach dem Abgang eines Notars seine Urkunden an das Amtsgericht abzugeben sind, ein Ende zugedacht. Diese Art der Verwahrung wäre aber auch auf die Dauer nur dann durchführbar gewesen, wenn das Notariat nicht als eine der Person verliehene Fähigkeit, sondern als Amtsstelle ausgebildet worden wäre, wie in Italien und Frankreich, wo die Archive in fast lückenloser Geschlossenheit ein halbes Jahrtausend und weiter zurückreichen.

Daß die Urkunden bei den Amtsgerichten nicht bleiben können, die heute schon die zuströmende Flut kaum unterbringen können, und bei denen die Erteilung von Ausfertigungen jetzt schon Schwierigkeiten begegnet, wird von niemand bezweifelt. Die preußische Justizverwaltung hat dies natürlich vorhergesehen und dagegen ihr Allheilmittel angeordnet: „Vernichtung." Daß sie dabei früher schon keine guten Erfahrungen gemacht hat und zu Schadensersatz verurteilt wurde (S. 63), hält sie vielleicht einstweilen noch ab, die Einstampfung vorzunehmen. Aber die Frage drängt mit wachsender Gewalt auf grundsätzliche Lösung.

Soll nun vernichtet oder aufgesammelt werden?

Man sollte es kaum für möglich halten, daß selbst Notare der Ansicht sind, nach etwa 30 Jahren stände einer Vernichtung nichts im Wege, und man kann von solchen nur sagen: oculos habent et non videbunt. Weisweiler zeigt (S. 47, 48), daß selbst das privatrechtliche Interesse eine weit längere Dauer hat, als gemeinhin angenommen wird, daß noch in jüngster Zeit Prozesse auf Grund von Notarialurkunden entschieden wurden, die bis in den Anfang des vorigen Jahrhunderts reichten. Aber wenn die privatrechtliche Bedeutung der Urkunden auch erloschen ist, dann bleibt die öffentliche, die wissenschaftliche, die sogar mit dem Alter der Urkunde fortwährend zunimmt: „Politische und wirtschaftliche Geschichte, Nationalökonomie, Finanzwissenschaft, Statistik, Sprachwissenschaft, Genealogie, Kunst-, Literatur-, Lokalgeschichte finden hier ihr Interesse" (S. 52). Ich möchte behaupten, daß die Durchlesung einiger hundert geeigneter Notarialakte: Inventarien, Teilungen, Land- und Mobiliarversteigerungsprotokolle usw. ein anschaulicheres Bild über die bäuerlich-wirtschaftlichen Verhältnisse eines bestimmten Landstrichs vermittelt, als irgendwelche anderen Dokumente. „Der Gegenstand der Akten ist nichts anderes, als der Niederschlag der wirtschaftlichen Tätigkeit dieser Zeit in ihrem Voranschreiten, also eine vollständig abgeschlossene Wirtschaftsgeschichte. Die bisherige Art der Behandlung der Geschichte nach Krieg und Frieden, Errichtung und Vernichtung von Staaten ist als einseitig und mangelhaft erkannt. Das die neuere Zeit beherrschende soziale Element drängte zur Erfassung des inneren Lebens der Völker. So dargestellt wird die Geschichte zur praktischen Helferin des Tages. Ihr fehlt allerdings in den meisten Fällen das ausreichende Material. Hier hat sie eine überströmende Quelle für einen der hervorragendsten Landstriche Europas. Und die sollte verschüttet werden?" (S. 56).

Wie W. dies noch im einzelnen ausführt, möge man bei ihm nachlesen. Seine Beweisführung für die Notwendigkeit der Erhaltung ist so zwingend, daß sich ihr niemand wird entziehen können. Möchten seine Vorschläge bald der Verwirklichung entgegengeführt werden und nicht bloß für das Rheinland, sondern für ganz Deutschland. Die Zeit drängt. Kann die Justizverwaltung es nicht machen, so mögen die Selbstverwaltungskörper sich der Sache annehmen. Die späteren Geschlechter werden es ihnen danken.

JR. Bleugels, Cöln.

Dr. jur. **Hugo Woldeck**, Rechtsanwalt und Notar in Berlin: **Deutsches und internationales Kartellrecht**, Rechtswesen und Statuten der Syndikate, Konventionen und Interessengemeinschaften usw. Berlin 1922. Carl Heymanns Verlag.

Der vielversprechende Titel des Werkes steht wenig im Einklang mit seinem Inhalt. Das Buch zerfällt in einen systematischen Teil von 246 Seiten und in einen Anhang (Kartellstatuten) von 300 Seiten. Die Schrift soll nach dem Wunsche des Verf. „bei den im Kartelleben auftauchenden Fragen, insbesondere auch bei Neugründungen ein praktischer Wegweiser sein". Auf wissenschaftliche Durchdringung des Stoffes oder gar Förderung der Probleme wird verzichtet. Das Buch soll auch für den Nichtrechtskundigen brauchbar sein. Die Folge hiervon ist, daß der Verf. auch solche Rechtsgebiete, die mit dem Kartellrecht nur in einem losen, oft sogar kaum erkennbaren Zusammenhang stehen, behandelt. Da der Verf. anscheinend bei seinen Lesern nicht einmal den Besitz einer Textausgabe des HGB. voraussetzt, druckt er auch ganze Abschnitte des HGB. und anderer Gesetze wörtlich ab. So z. B.

S. 64 ff., die §§ 1—37 des HGB., 107—121, 14 Seiten Abdruck aus dem BGB., HGB. und dem Gesetz betreffend die GmbH. Der eigene Text gibt geschlossene Erläuterungen dieser Bestimmungen, so z. B. über das Firmenrecht einschließlich des Rechtes zur Wappenführung (!), das Recht der offenen Handelsgesellschaft, obgleich der Verf. selbst betont, daß diese Rechtsform für ein Kartell wenig geeignet ist, eine Darstellung des ganzen Rechtes der Aktiengesellschaft, das schiedsgerichtliche Verfahren nach der Zivilprozeßordnung usw. Dagegen wird die in dem Titel des Buches ausdrücklich erwähnte Interessengemeinschaft mit einer halben Seite abgetan. Die Darstellung des „internationalen Kartellrechts" besteht im wesentlichen aus einer zum großen Teile längst überholten Wiedergabe der amtlichen Denkschrift über die Antitrust-Gesetzgebung der Vereinigten Staaten, des Australischen Bundes und von Canada. Die Rechtsprechung und noch mehr die Rechtslehre sind nur in bescheidenstem Rahmen und mit willkürlicher Auswahl angezogen. (Der Staubsche Kommentar zum HGB. wird nach der 8. Auflage von 1907 zitiert.)

Der Verf. glaubt offenbar im Sinne der Rechtstatsachenforschung vorzugehen, wenn er (S. 8 ff.) die Entwicklung der Kartellierung in einer Reihe wichtiger Industrien darstellt. Damit greift er aber lediglich in das Gebiet der Volkswirtschaftslehre über. Für die Rechtstatsachenforschung ist es ziemlich gleichgültig, ob ein Kartellvertrag sich auf Eisenschienen oder Weißblech bezieht. Es ist nur von Interesse, die verschiedenen vorhandenen Typen von Kartellverträgen festzustellen und dann rechtlich zu analysieren. Die Darstellung des Verf. ist aber für den mit der Materie nicht bereits vertrauten Leser sogar direkt gefährlich. Der Verf. hat sich fast ausschließlich mit den in den Anlagen zur amtlichen Denkschrift abgedruckten Satzungen begnügt und die Entwicklung der inzwischen verflossenen 20 Jahre fast ganz ignoriert. Bezeichnend ist, daß er z. B. heute noch die Verträge des Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikats in der Fassung von 1903 abdruckt und erläutert. Die spätere Entwicklung, insbesondere auch die Einwirkung des Gesetzes über die Regelung der Kohlenwirtschaft v. 23. März 1919 und die dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen v. 21. Aug. 1919 bleiben unerwähnt. Dieses ist um so unverständlicher, als doch die auf diesen Gesetzen beruhenden neuen Verträge im Reichsanzeiger v. 20. Jan. 1920 abgedruckt und somit jedem zugänglich sind. Stahlwerksverband, Weißblechkontor und sogar Spritzentrale, werden behandelt, als ob sie noch beständen. Von der Papierindustrie wird unter Bezugnahme auf die Kartell-Enquetekommission berichtet, daß die Zahl der Verbände gering sei. Bei der Textilindustrie vermißt er die „straffe Gliederung"!

Die im Anhang wiedergegebenen 78 Kartellverträge sind fast ausnahmslos wörtlich aus den Anlagen der amtlichen Denkschrift abgedruckt. Sie sind nicht nach juristischen Gesichtspunkten, sondern nach Branchen geordnet. Was durch die große Zahl der abgedruckten Statuten für einen juristischen Wegweiser gewonnen werden soll, ist nicht zu erkennen. Die Verträge sind zum größten Teil nicht nur bereits abgelaufen, sondern auch in ihrer organisatorischen und juristischen Technik veraltet und überholt. Eine Reihe von ihnen enthalten sogar direkt juristisch bedenkliche Bestimmungen.

Ein Beispiel:

Die Nebenleistungsaktiengesellschaft nach § 212 HGB. ist, wie ich in meinem Kartellrecht S. 95 ff. eingehend ausgeführt habe, als Rechtsform für Kartelle höchst ungeeignet und wird auch praktisch hierfür nicht benutzt (vgl. jetzt auch Staub, 10. Aufl. § 212 Anm. 1). Es ist nur ein einziger Fall einer solchen Kartellaktiengesellschaft bekannt geworden, „Die wirtschaftliche Vereinigung der deutschen Gaswerke Aktiengesellschaft" in Cöln. Ich habe in meinem Buche nachgewiesen, daß auch das Statut dieser Gesellschaft eine Reihe von Verstößen gegen die Vorschriften des § 212 enthält. Tatsächlich hat die Vereinigung ihre Satzungen inzwischen geändert und sich als „Doppelgesellschaft" organisiert. Waldeck druckt nun die alte, in der Denkschrift veröffentlichte Satzung mit allen ihren Fehlern, ohne irgendwelchen Kommentar ab! Der „praktische Wegweiser" gibt also dem Ratsuchenden als Muster das mit Fehlern behaftete einzige Beispiel für eine an sich ungeeignete Rechtsform. Nach meiner Erfahrung wird ohnehin durch die kritiklose Benutzung vorhandener Kartellverträge viel Unheil angerichtet. Wohin aber soll es führen, wenn Waldeck den Lesern seines Buches empfiehlt (Vorbem. und S. 6), bei Neugründung eines Syndikats sich aus den abgedruckten 78 Kartellstatuten die passenden Vorbilder herauszusuchen.

Prof. Dr. Flechtheim, Berlin.

Kleinere Aufsätze.

Rechtsbehelfe bei Geltendmachung von Ansprüchen zwischen Auflassung und Eintragung.

Zwischen Auflassung und Eintragung können Verhältnisse eintreten, welche die Rechtsbeziehungen der Parteien derartig berühren, daß die Vollziehung des Eigentumsübergangs oder gegenteilig die Nichtvollziehung für eine von beiden von größtem Interesse sein kann. Regelmäßig wird sich aus der Erörterung der Ansprüche, deren Erfüllung in Frage kommt, auch ohne weiteres die rechtliche Möglichkeit ergeben, wie diese Ansprüche zu beseitigen sind. Deshalb sollen die drei Möglichkeiten, die in Frage kommen, im folgenden erörtert werden.

I. Der Käufer, der im ordnungsmäßig beurkundeten Vertrage die Auflassung erhalten hat, kann sich jederzeit durch Erwirkung einer Vormerkung gegen unliebsame Handlungen des Verkäufers sichern. Das bedarf keiner Ausführung und folgt ohne weiteres aus § 883 BGB.

II. Schwieriger schon ist es mit der Beantwortung der Frage, welche Rechte Gläubiger des Käufers gegen diesen haben, wenn dieser die Eintragung aus irgendwelchem Grunde nicht herbei führen will oder kann, insbesondere wenn er mit dem Verkäufer kolludiert. Nach dem Wortlaut des § 848 Abs. 2 ZPO. kann dieser zunächst nicht Anwendung finden, da ja die Auflassung bereits erfolgt ist, also eine Auflassung an einen Sequester nicht mehr in Frage kommen kann. Wohl hat der Gläubiger einen Anspruch darauf, daß er sich die Ausfertigung des die Auflassung enthaltenden Vertrages vom Notar gemäß § 792 ZPO. erteilen lassen kann, damit ist ihm aber noch nicht gedient. Die Berichtigung des Grundbuchs kann trotzdem nicht auf den Namen des Käufers erfolgen, denn der Gläubiger kann gemäß § 14 GBO. auf Grund des vollstreckbaren Titels diese Eintragung im Grundbuch schon deshalb nicht verlangen, weil das Grundbuch nicht unrichtig i. S. des § 894 BGB. ist; die Auflassung allein bewirkt noch keine Eigentumsänderung, macht also das Grundbuch nicht unrichtig. Deshalb kommt auch § 895 BGB. nicht in Frage, und ebensowenig § 894 ZPO., da der Käufer die Willenserklärung, nämlich die Auflassungserklärung schon abgegeben hat. Der Gläubiger hat auch keinen im Wege der Klage zu verfolgenden Anspruch darauf, daß sich der Käufer als Eigentümer eintragen lasse, es bleibt eben nichts anderes übrig, als daß er seinen Anspruch gegen den Käufer im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzt. Für die normalen Fälle kann die Zwangsvollstreckung grundsätzlich nur gemäß § 848 ZPO. erfolgen. Darf nun der Wortlaut des Abs. 2 dem Anspruch des Gläubigers entgegengehalten werden? Diese Frage muß verneint werden. Dieser Absatz ist entstanden im Anschluß an preußisch-rechtliche Bestimmungen und in entsprechender Anwendung gewisser pfandrechtlicher Vorschriften des BGB. Ohne zu der Frage Stellung zu nehmen, ob grundsätzlich nach BGB. Auflassung und Eintragung ein einheitlicher Akt ist, kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß diese Auffassung für das Landrecht die herrschende war (RG. 55, 340 ff.) und daß im Anschluß an diese Auffassung das Gesetz die jetzige Fassung erhielt. Es kann wohl keinem Bedenken unterliegen, daß der Gesetzgeber dann, wenn er die jetzige Rechtslage ins Auge gefaßt hätte, im zweiten Absatz nicht das Wort „Auflassung" gewählt hätte, sondern etwa die Fassung: so hat der Sequester als Vertreter des Schuldners die zwecks Übertragung des Eigentums nötigen Handlungen vorzunehmen, insbesondere eintretendenfalls die Auflassung entgegenzunehmen. Mit Rücksicht auf die Entsch. des RG. 102, 276 ff., daß die Zivilprozeßordnung als Zweckmäßigkeitsnorm zu behandeln sei und auch ihre Form- und Mußvorschriften einer freien Auslegung zu unterziehen seien, darf es wohl einem begründeten Bedenken nicht unterliegen, dem § 848 die Auffassung zu geben, die hier als die praktische und den jetzigen gesetzlichen Verhältnissen entsprechende vorgeschlagen ist. Dem Gläubiger muß das Recht zugestanden werden, den Anspruch auf Übertragung des Eigentums zu pfänden und gleichzeitig den Sequester ermächtigen zu lassen, die nötigen Schritte zu unternehmen. Soweit der Schuldner einen Schuldtitel noch nicht hat, sondern sich ihn erst im Wege der Klage beschaffen muß, kann es auch weiter keinem Bedenken unterliegen, daß er im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung zu seinen Gunsten dahin erwirkt, daß die Übertragung des Eigentums an einen Sequester zu erfolgen habe. Diese einstweilige Verfügung würde ja nur die Sicherung der Zwangsvollstreckung enthalten, die auf Grund des rechtskräftigen Urteils durchgeführt werden soll.

In Frage kommt hier nur, wer im Falle der Aufhebung der einstweiligen Verfügung zum Antrag auf Löschung dieser einstweiligen Verfügung berechtigt wäre. Ein Bedenken kann wohl für den Fall nicht bestehen, daß das Grundstück späterhin auf den Namen des Käufers eingetragen wird, denn ihm stünde ja als Prozeßpartei ohne weiteres der Anspruch auf Löschung zu. Aber auch dem Veräußerer wird man, solange er noch eingetragener Eigentümer bleibt, den Anspruch auf Beseitigung dieser Vormerkung nicht absprechen können, denn er hat ja gemäß § 435 BGB. ein rechtliches Interesse daran, diese Vormerkung zu beseitigen, und kann deshalb gemäß § 894 BGB. die Beseitigung verlangen.

Wenn man gegen die ganze Konstruktion vielleicht einwenden wollte, daß gegen den Wortlaut des Gesetzes wie er nun einmal vorliegt bis zu einer Änderung der Gesetzgebung nichts zu machen sei, so sei darauf hingewiesen, daß die Rechtsprechung des RG. selbst den vorgeschlagenen Weg weist. Die alte ZPO. von 1879 kannte keine Bestimmung, die dem jetzigen § 302 ZPO. entspricht, nämlich daß ein Urteil über eine Forderung, der eine Gegenforderung entgegengestellt worden war, unter Vorbehalt der Entscheidung über diese Gegenforderung ergehen dürfe. Die strengere Richtung hat eine solche jetzt im Gesetz niedergelegte Auffassung nicht für zulässig gehalten, in einer Plenarentscheidung im Bd. 31 hat das RG. aber diesen späterhin zum Gesetz erhobenen Grundsatz bereits lange vorher in die Praxis eingeführt, unter Hinweis auf die Vorschriften über den Vorbehalt bei Wechselurteilen. Im vorliegenden Falle ist die Anwendung des im § 848 ZPO. ausgesprochenen Grundsatzes um so weniger auf die Fälle der vorliegenden Art zu bestreiten, als es sich gewissermaßen um eine zwangsläufige Folgerung aus diesem Grundsatze handelt.

III. Der für die Praxis bedeutsamste Fall, zu dem ja auch die Rechtsprechung bereits Stellung genommen hat (JW. 1921, 533) ist der, daß der Verkäufer aus triftigen Gründen berechtigt ist, den Vertrag aufzurufen. Da der Eigentumsübergang erst durch Auflassung **und** Eintragung erfolgt, kann solange als die Eintragung nicht stattgefunden hat von einer Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht gesprochen werden, für einen Widerspruch ist deshalb kein Raum; dieserhalb wird auf das oben Gesagte Bezug genommen. Die vom Verkäufer aber allein beantragte Eintragung, daß er an den Vertrag nicht gebunden sei, findet im Gesetz keine Stütze, schon deshalb nicht, weil wie Lindemeyer (JW. 1922, 214) mit Recht ausführt, in dieser Erklärung keine Beschränkung und Belastung des Eigentums liegt, überdies auch ein Dritter, zu dessen Gunsten eine solche Eintragung erfolgen könnte, nicht vorhanden ist; denn Verkäufer und Dritter dürfen eben nicht identisch sein. Schon § 873 BGB. verbietet eine derartige Beschränkung.

Da sich Verkäufer und Käufer gegenüberstehen, diese allein die beiden in Betracht kommenden Vertragsparteien sind, ist grundsätzlich ein Anspruch des Verkäufers nur gegen den Käufer gegeben, daraus folgt weiter, daß auch eine diesen Anspruch sichernde einstweilige Verfügung grundsätzlich nur gegen den Käufer ergehen kann. Es kann dahingestellt bleiben, ob die einstweilige Verfügung sich auch unter Umständen gegen einen Dritten, z. B. den Notar richten kann, so wie seinerzeit das OLG. Augsburg es zum Ausdruck gebracht hat; bei der Amtsstellung, die der Notar unter allen Umständen beiden Vertragschließenden gegenüber hat, dürfte es zum mindesten sehr fraglich sein, ob er überhaupt verpflichtet ist, einem in einer einstweiligen Verfügung erlassenen Verbot des genannten Inhalts nachzukommen, ganz abgesehen davon, ob nicht schon aus § 15 GBO. zu folgern wäre, daß der Notar auch lediglich auf Antrag des Käufers hin den Vertrag einzureichen hat. Es sei auch darauf hingewiesen, daß die Fälle durchaus nicht selten sind, daß auch Dritte — insbesondere Hypothekengläubiger — direkt als Vertragsparteien in Frage kommen und demgemäß ebenfalls berechtigt wären, die sie betreffende Eintragung zu verlangen. Wie sollte sich in einem solchen Falle der Notar nur bei einem gegen den Käufer gerichteten Verbote verhalten? Da nur der Verkäufer und Käufer diejenigen sind, die als Vertragschließende und im Prozeß als Parteien in Frage kommen, kann sich wie gesagt die einstweilige Verfügung nur gegen den Käufer richten. Aus den §§ 936, 938 ZPO. geht deutlich hervor, daß das Gericht in der Lage ist, dem Käufer die Veräußerung, Belastung und Verpfändung des Grundstücks zu untersagen, diese Verfügungsbeschränkung kann auch gemäß § 941 vom Prozeßgericht an das Grundbuchamt weiter geleitet werden und gemäß § 942 kann ja auch das Amtsgericht in dringenden Fällen selbst das Nötige veranlassen. Aus § 938 folgt aber auch weiter, daß dem Käufer eine Handlung verboten werden kann, insbesondere also auch die, sich auf Grund des Vertrages das Eigentum durch Eintragung zu verschaffen und die dazu nötigen Anträge zu stellen.

Mit einer einstweiligen Verfügung dieses letzteren Inhalts allein dürfte aber dem Verkäufer noch nicht nach jeder Richtung hin gedient sein. Solange der Käufer noch nicht eingetragen ist, dürfte sie wohl ausreichen; nicht aber dann, wenn der Käufer, bevor der Beschluß beim Grundbuchamt eingeht, die Eintragung vielleicht beantragt oder gar erwirkt hat. Deshalb muß der Verkäufer für alle Fälle weiter den Antrag stellen, die einstweilige Verfügung dahin zu erlassen, daß gemäß § 18 GBO. ein Widerspruch einzutragen sei. In dem Erlaß der einstweiligen Verfügung liegt ein solches Hindernis i. S. dieses Paragraphen, die Art des Hindernisses ist ja ganz gleichgültig. Aber auch die Möglichkeit der etwa erfolgten Eintragung müßte berücksichtigt werden, und für diesen Fall muß ein Widerspruch gemäß §§ 894, 899 BGB. beantragt worden. Der Erlaß solcher bedingten einstweiligen Verfügung kann einem Bedenken nicht unterliegen, zumal sie in der Praxis sehr häufig vorkommen. Sie liegen durchaus im Rahmen der Anordnungen gemäß § 938 Abs. 1 ZPO. Die einstweilige Verfügung als solche ist ja grundsätzlich in dem Verbot enthalten und lediglich die Anordnung zur Erreichung dieses Zwecks ist nach der in Frage kommenden Sachlage jeweilig bestimmt. Das die einstweilige Verfügung anordnende Gericht hat es also in der Hand, dem Grundbuchamt die für den gerade in Betracht kommenden Fall nötige Anordnung von vornherein zu erteilen.

Damit dürften alle für die hier erörterte Frage in Betracht kommenden Möglichkeiten erörtert sein, ohne daß es nötig wäre, auf dem Umwege, den das OLG. Augsburg eingeschlagen hat, zum Ziel zu gelangen.

RA. **Wunderlich**, Oppeln.

Zur Frage der Rechtsbehelfe bei Anfechtung eines im Grundbuche noch nicht eingetragenen Grundstückkaufs.

Der Beschluß des OLG. Augsburg v. 22. Jan. 1921 (JW. 1921, 533) hat zwar durch die Ausführungen von Stampe und von Stolz (JW. 1921, 1359) und Lindemeyer (JW. 1922, 214) eine eingehende Erörterung erfahren. Es scheint jedoch ein wesentlicher Gesichtspunkt bisher nicht berücksichtigt zu sein. Der Tatbestand war so gelagert, daß im notariellen Kaufvertrag ein falscher Kaufpreis angegeben und auch bereits die Auflassung erfolgt war, nicht aber die Eintragung im Grundbuch. In dieser Zwischenzeit wollte nun der Verkäufer die Nichtigkeit des Vertrages wegen Formmangels geltend machen und zunächst die Eintragung des Käufers verhindern. Das OLG. in Augsburg ordnet an:

> „Die Bekl. haben einzuwilligen, daß der Notar in J. seine Urkunde vom ... betreffend den Verkauf des Anwesens ... bis auf weiteres dem Grundbuchamte nicht vorlegt. Dem Notar in J. wird deshalb verboten, die genannte Urkunde dem Grundbuchamte vorzulegen."

In den Gründen der Entscheidung und auch in den Besprechungen ist die Frage nicht erörtert, ob der Verkäufer nach erfolgter Auflassung überhaupt noch berechtigt war, den Formmangel geltend zu machen. Richtig ist, daß nach § 313 Satz 2 die Heilung des Formmangels erst mit der Eintragung erfolgt, aber damit ist die Frage, ob die Willensübereinstimmung der Parteien über den Inhalt des formnichtigen Abkommens bis zur Eintragung dauern müsse, nicht entschieden. Das RG. hat sich in den Entsch. des II. Sen., Gruch. 51, 926 (930) und des V. Sen., Gruch. 57, 947 (948), auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. Das RG. billigt in der erstgenannten Entscheidung die Ansicht des Berufungsrichters, daß die nach der Auflassung erfolgte Anfechtung der formnichtigen Nebenabrede an den mit der Auflassung eingetretenen Rechtswirkungen nichts weiter zu ändern vermöge, und führt aus, daß in der Auflassung die in strengster gesetzlicher Form geäußerte Entschließung zu finden sei, den obligatorischen Vertrag mit dem Inhalt, welchen er zur Zeit der Auflassung hatte, seinem ganzen Inhalt nach zu erfüllen. Diese Entscheidungen sind, soweit sie in der Rechtslehre erörtert worden sind, von keiner Seite angefochten. Wenn also zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung der Parteien über den mündlich vereinbarten Kaufpreis herrschte — dafür spricht die Vermutung v. d. Trenck, JW. 1922, 186/187 —, dann war das Begehren des Verkäufers ohne weiteres unbegründet. Der Tatbestand ergibt nicht, daß der Verkäufer glaubhaft gemacht hatte, daß die Willensübereinstimmung zur Zeit der Auflassung nicht mehr bestanden hatte. In diesem Falle hätte der Antragsteller auch darlegen müssen, warum trotzdem die Auflassung erfolgt sei. Demnach ist nach dem gegebenen Tatbestand die Ansicht des OLG. Augsburg unzutreffend.

Der Ausgangspunkt von Stolz, daß die Auflassung den Formmangel nicht geheilt habe, also offenbar nicht die Grundlage für einen rechtswirksamen Eigentumsübergang habe schaffen können, ist nicht recht verständlich. Die Angabe eines unrichtigen Preises im notariellen Vertrage ist der typische Fall des Formmangels (vgl. auch v. d. Trenck a. a. O.). Eine andere Beurteilung ist geboten, wenn die Auflassung aus einem Grunde, der aus der Auflassungsverhandlung nicht ersichtlich ist, nichtig ist, z. B. wegen Anfechtung nach § 119, § 123, § 142, oder wegen Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB. In diesem Falle dürfte in der Weise zu helfen sein, daß im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet wird, daß gleichzeitig mit der Eintragung des neuen Eigentümers ein Widerspruch zugunsten des Verkäufers eingetragen wird. Der Verkäufer hat dann die Möglichkeit, durch Klage aus § 894 BGB. seine Wiedereintragung herbeizuführen.

RA. Dr. **Alfred Wiener**, Berlin.

Zur Frage der Aufhebung preußisch-rechtlicher Grunddienstbarkeit.

ALR. Teil 1 Titel 22 § 43 besagt, daß Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung erlöschen, wenn der Berechtigte wissentlich geschehen läßt, daß in der verpflichteten Sache Anstalten und Einrichtungen, welche die Ausübung seines Rechtes geradezu unmöglich machen, getroffen werden. Ist diese Bestimmung noch in Kraft?

Nach Art. 189 Abs. 3 EGBGB. erfolgt die Aufhebung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet ist, auch nach der Anlegung

des Grundbuchs, nach den bisherigen Gesetzen, bis das Recht in das Grundbuch eingetragen ist. Demgemäß ist auch die vorerwähnte landrechtliche Bestimmung beschränkt in Geltung geblieben, trotzdem diese Vorschrift in PrAGBGB. Art. 89 nicht ausdrücklich als weiter in Kraft befindlich erwähnt wird. Diese letzte Bestimmung des AGBGB. hebt zwar den gesamten 22. Titel des 1. Teils des ALR. — mit Ausnahme von § 55 und § 242 — auf, jedoch unbeschadet der Übergangsvorschriften. Für die Übergangszeit gilt somit auch weiterhin noch jener § 43 und die Übergangszeit dauert so lange, als in Frage kommen:

a) entweder vertragsmäßige Grunddienstbarkeiten, die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs begründet worden und nach Anlegung des Grundbuchs nicht zur Eintragung gelangt sind,

b) oder Legalservituten (Nachbarrechte) landesrechtlicher Art, wie Licht- und Fensterrecht, das Recht des Anbringens von Türen, Anlegung der Düngergrube usw.; denn es besteht Einmütigkeit darüber, daß die Legalservituten vertragsmäßig begründeten Servituten gleich zu behandeln sind. Ganz besonders ist der unter b erwähnte Fall von Bedeutung.

Ist danach obige Bestimmung als noch in begrenztem Umfange in Kraft befindlich anzusehen, so wird man ihr auch dieselbe Auslegung geben müssen, die sie zur Zeit der Geltung des Allgemeinen Landrechts gehabt hat. Es muß danach, falls eine die Servitut störende Handlung vorgenommen wird, der Geschädigte

1. unverzüglich Widerspruch erheben, sobald er die Zuwiderhandlung entdeckt;

2. darf er sich nicht auf einen wörtlichen Widerspruch beschränken, wenn dieser von dem Gegner nicht beachtet wird. Er muß vielmehr entweder zur Selbsthilfe schreiten, soweit solche erlaubt ist, oder gerichtliche Hilfe (Klage, einstweilige Verfügung) in Anspruch nehmen.

Bei Verletzung einer der Verpflichtungen zu 1. und 2. geht die Grunddienstbarkeit unter.

RA. Dr. Kopfstein, Beuthen O.-S.

Zwangsweise Räumung von Werkswohnungen.

Daß die Erhebung einer Räumungsklage dann nicht von der Zustimmung des MEA. abhängt, wenn dem zur Räumung Verpflichteten die Wohnung nicht auf Grund eines Mietvertrages überlassen war, wenn sie vielmehr nur einen Teil der ihm für seine Dienste zu gewährenden Entschädigung bildete, ist heute von der überwiegenden Mehrzahl der Gerichte anerkannt (vgl. die im Jahrbuch arbeitsrechtlicher Entscheidungen Bd. 1 und 2 Abschn. IV veröffentlichten Entscheidungen). Dieses Ergebnis rechtfertigt sich aus dem Wortlaut der Mieterschutzbestimmungen, welch letztere stets nur vom „Mieter" sprechen und daher auf Dienstverpflichtete, denen eine Wohnung überlassen worden ist, keine Anwendung finden können.

Auch die Zwangsvollstreckung kann aus dem gleichen Grunde nicht von der Zustimmung des MEA. abhängig gemacht werden (vgl. Beschluß des LG. Münster v. 14. Okt. 1921, Jahrb. arbeitsrechtl. Entsch. 2, 141). Dieser Auffassung ist jedoch kürzlich das KG. in einem Beschluß v. 17. Sept. 1921 (KGBl. f. Rechtspfl. 21, 93) entgegengetreten. Es hat die Frage offen gelassen, ob die Mieterschutzbestimmungen auch auf Werkswohnungsinhaber Anwendung finden, hat jedoch die Zulässigkeit einer derartigen Beschränkung des Rechts der Zwangsvollstreckung aus der Wohnungsmangelverordnung hergeleitet, da diese eine Beschränkung auf „Mietverhältnisse" nicht kennt. Es hat dabei die Frage, ob eine derartige Beschränkung zu den in der Wohnungsmangelverordnung vorgesehenen Maßnahmen gehört, unbedenklich bejaht, ohne jedoch eine nähere Begründung zu geben.

M. E. beruht der Beschluß des KG. auf einer Verkennung der Bedeutung der Wohnungsmangelverordnung. Zweck der Mieterschutzverordnung ist, den Mieter gegen unberechtigte Kündigungen zu schützen und die Preisbildung auf dem Wohnungsmarkt zu regeln. Bei der heutigen Wohnungsnot soll niemandem ohne Grund seine Wohnung, soweit er sie für sich und seine Familie benötigt, genommen werden dürfen. Wenn nun diese Mieterschutzverordnung in wohlerwogener Absicht ihren Schutz nur den Mietern gewährt und ihn den Werkswohnungsinhabern versagt, dann ist es an sich schon bedenklich, diesen selben Schutz aus einer anderen Verordnung herauszulesen, die ganz andere Zwecke verfolgt. Im Gegensatz zur Mieterschutzverordnung, die den Schutz des einzelnen bezweckt, dient die Wohnungsmangelverordnung dem Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung und restlosen Ausnutzung der vorhandenen Wohngelegenheiten. Sie sieht deshalb die Möglichkeit des Verbots von Abbrüchen, der Umwandlung von Wohnräumen in gewerblich benutzte Räume, ferner eine Pflicht zur Anmeldung freigewordener Wohnräume, die Möglichkeit der Beschlagnahme überzähliger Räume und ähnliche Maßnahmen vor. Alle diese Maßnahmen haben das erwähnte Ziel im Auge, die vorhandenen Wohngelegenheiten restlos auszunutzen und ihre Vernichtung zu verhindern. Wenn § 9 der WohnMangVO die Landesbehörde zu Eingriffen und Maßnahmen berechtigt, „soweit solche Eingriffe zur Behebung und Milderung der Wohnungsnot dringend erforderlich sind", kann er nur solche im Auge gehabt haben, die sich im Rahmen der von ihm ausdrücklich vorgesehenen Maßnahmen und Eingriffe bewegen, die also geeignet sind, vorhandene Wohngelegenheiten auszunutzen und zu erhalten. Die Beschränkung des Rechts der Zwangsvollstreckung ist nun keinesfalls als eine Maßnahme anzusehen, die geeignet ist, vorhandene Wohngelegenheiten zu erhalten oder besser auszunutzen. Der Arbeitgeber, der eine Werkswohnung zwangsweise räumen läßt, will sie ja nicht ihrem Zweck, dem Wohnbedürfnis zu genügen, entziehen; er will nur, daß sie dem als Wohngelegenheit dient, für den er sie bestimmt hat, nämlich einem Angehörigen seines Betriebes. Der Wohnungsnot der Allgemeinheit wird durch die Beschränkung der Zwangsvollstreckung in keiner Weise abgeholfen. Auch wenn vollstreckt wird, bleibt die Zahl der vorhandenen und ausgenutzten Wohnräume die gleiche. Da aber wie gesagt die Wohnungsmangelverordnung nur solche Maßnahmen zuläßt, die geeignet sind, die Wohnungsnot der Allgemeinheit zu mildern, kann sie nie die Grundlage für eine Beschränkung des Rechts zur Zwangsvollstreckung abgeben, da eine solche Beschränkung nur im Interesse des einzelnen, unmittelbar von der Vollstreckung Betroffenen liegt. All diese Gesichtspunkte sind vom KG. in seiner Entscheidung nicht gewürdigt worden; im Interesse der Betriebsinhaber dürfte eine baldige Nachprüfung dieser Entscheidung liegen, da jede Beschränkung des freien Verfügungsrechts über die Werkswohnungen auf die Bestrebungen, neue Werkswohnungen zu errichten, lähmend einwirken muß.

RA. Dr. v. Karger, Berlin,
Syndikus des Reichsverbandes der deutschen land- und forstwirtschaftlichen Arbeitgebervereinigungen E. V.

Mietszuschläge bei Ersatz der Erlaubnis des Vermieters zur Untermiete durch das Mieteinigungsamt.

Die Frage, ob das MEA. bei Ersatz der Erlaubnis des Vermieters zur Untermiete dem Hauptmieter neue Verpflichtungen auferlegen, insbesondere den Mietzins erhöhen kann, wird in ungleicher Weise beantwortet. Der Kommentar Unger-Dittrich (Berlin 1919) verneint die Frage. In Note 1 a. E. zu § 4 MSchVO. wird gesagt, daß an besondere Bedingungen, insbesondere Erhöhung des Mietzinses die Erlaubnis nicht geknüpft werden kann. Dagegen meint Brumby: Mieterschutz und Höchstmieten (Berlin 1921), Note 2 zu § 4 MSchVO. einerseits, daß solche Erhöhung das Amt allerdings nicht wider den Willen des Mieters anordnen kann, andererseits fügt er gleich hinzu, daß die Einigungsämter ihre Erlaubnis von der Bewilligung einer Mehrzahlung abhängig machen könnten, es sei denn, daß die Untermiete nur den Mietpreis erschwingen helfen solle und keine übermäßige Belegung der Mieträume eintrete. Das MEA. Stolp hat in einer im „Einigungsamt" 1921, 31 abgedruckten Entscheidung bejaht, daß gelegentlich der Gestattung der Untermiete dem Mieter neue Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter auferlegt werden können, indem es den § 2 Abs. 2 MSchVO. auf deren § 4 analog anwenden will. Stern: Mieterschutz usw. (Berlin 1921), zitiert ohne Kritik — anscheinend also zustimmend — in Note 6 zu § 4 MSchVO. diese Entscheidung ab. Weitere Stimmen zu dieser Frage habe ich nicht finden können. Die Entscheidung der Frage ist für die ordentlichen Gerichte aus dem Grunde wichtig, weil solche Mietzuschläge festsetzende Beschlüsse der MEA. nur dann für sie wirksam und bindend sind, wenn die Regelung in den Grenzen der Zuständigkeit der MEA. sich bewegte.

Die zu obiger Frage zitierten Stimmen verallgemeinern aber nach meiner Ansicht in unzutreffender Weise. Es sind richtig folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Gemäß § 4 der Bek. über Maßnahmen gegen den Wohnungsmangel beantragt das Wohnungsamt beim MEA. Festsetzung eines Zwangsmietvertrages zwischen einem Hauptmieter und einem Untermieter.

2. Nach fristloser Kündigung des Vermieters gemäß den §§ 553, 550, 549 BGB. beantragt Hauptmieter beim MEA., dieselbe für unwirksam zu erklären und die fehlende Zustimmung des Vermieters zur Untervermietung zu ersetzen oder der Vermieter beantragt Zustimmung des MEA. zur fristlosen Kündigung wegen Untervermietung trotz Abmahnung.

3. Der Hauptmieter beantragt beim MEA. Ersatz der fehlenden Erlaubnis des Vermieters zur Untervermietung vor dessen Kündigung oder vor dessen Antrag auf Erteilung der Zustimmung zu fristloser Kündigung, so daß nur über diesen Antrag des Hauptmieters zu entscheiden ist.

In den Fällen 1 und 2 ist das MEA. befugt, den Mietzins bei Erlaubniserteilung zu erhöhen. Der Fall der Festsetzung eines Zwangsmietvertrages mit solcher Erhöhung bedarf keiner näheren Begründung. Der Fall 2 regelt sich aus Abs. 2 § 2 MSchVO. Denn versagt das MEA. die Zustimmung zur fristlosen Kündigung und bestimmt es Fortsetzung oder Verlängerung des Mietverhältnisses, so kann es dem Mieter neue Verpflichtungen auferlegen, insbesondere den Mietzins erhöhen.

Diese Befugnis des MEA. ist aber auf den Fall 3 nicht auszudehnen. Wie Mittelstein, JW. 1922, 201, richtig meint, ist das Recht der MSchVO. Ausnahmerecht, und es ist deshalb in allen seinen Bestimmungen strikte zu interpretieren. Zutreffend hat daher auch ein Erlaß des Ministers des Innern vom 21. Juli 1921, abgedruckt im MinBl. für die Preußische innere Verwaltung 1921, 279, dargelegt, daß die Einigungsämter nur bei Fortsetzung oder Verlängerung des Mietverhältnisses nach § 2 Abs. 2 MSchVO. den Mietzins erhöhen dürfen. Der § 4 MSchVO. ist nach der amtlichen Begründung nur aus dem Grunde entstanden, wegen der Wohnungsnot Kündigungen und Umzüge zu verhindern. Aus sozialen Gründen soll also das MEA. das Vertragsrecht durchbrechen können. (Breslauer in JW. 1921, 229.)

Solches Ausnahmerecht verträgt aber nicht die analoge Anwendung anderer beschwerender Gesetzesbestimmungen.

Das Einigungsamt Stolp irrt auch, wenn es meint, es würde eine unerträgliche Härte sein, wenn dem Eigentümer die Verpflichtung zur Duldung der Untervermietung auferlegt werden könnte, ohne daß ihm ein Anspruch auf angemessene Entschädigung zustünde. Denn das Einigungsamt kann ja in jedem einzelnen Falle bei Vorliegen wichtiger Gründe die Zustimmung zur Untervermietung verweigern.

Durch Unterscheidung der Fälle 2 und 3 brauchen auch keine Härten zu entstehen. Denn die MEA. können jederzeit bei wirtschaftlicher Not der Hauptmieter die Zustimmung zur Kündigung versagen und ohne Erhöhung des Mietzinses Untervermietung gestatten. Andererseits können sie bei Gefahr des Wohnungswuchers oder bei zu starker Belegung der Mieträume oder bei der Gefahr ihrer zu starken Abnutzung dem Vermieter Zustimmung zu fristloser Kündigung erteilen oder dem Hauptmieter bei Erteilung der Zustimmung zur Untervermietung beträchtliche Zuschläge zur Miete auferlegen.

Je nach der Verschiedenheit der dargelegten Fälle ergibt sich die Zuständigkeit der MEA. zu Mietzuschlägen bei Ausspruch des Ersatzes der fehlenden Zustimmung des Vermieters zur Untermiete, so daß im Falle 3 die Gerichte zur Nachprüfung der Sprüche der MEA. zuständig sind.

Im Anschluß hieran noch ein Wort zur Verteilung der Mietprozesse bei den Gerichten. Da die schwierigsten Mietfragen — zumal wegen der Erhöhung der Berufungsgrenze — wohl meist endgültig von den AG. in Zukunft entschieden werden, höchstens die LG. als Berufungsgerichte beschäftigen können, so ist es dringend erwünscht, daß bei den AG. und auch bei den LG. eine einheitliche Judikatur ermöglicht wird. Könnte die Justizverwaltung nicht bei jedem AG. einem Zivilprozeßrichter, bei den LG. einer Berufungskammer die Entscheidung aller Mietprozesse übertragen? Ungleiche Entscheidungen verschiedener Richter eines und desselben Gerichts schaffen Rechtsunsicherheit, Rechtsverwirrung und Rechtsverdruß.

RA. Cohn, Brandenburg (Havel).

Wechselrechtliche Wirkungen des Gesetzes über die neue Stadtgemeinde Berlin.

Das Gesetz über die Bildung einer neuen Stadtgemeinde Berlin v. 27. April 1920 (Preuß. GS. 123) ist für den Wechselverkehr in verschiedener Hinsicht von Bedeutung. Die seit dem 1. Okt. 1920 bestehende neue Stadtgemeinde Berlin, die aus den im § 1 des Ges. aufgeführten Stadt- und Landgemeinden und Gutsbezirken gebildet wird und als Erweiterung der bisherigen Stadtgemeinde Berlin gilt, hat bekanntlich die Ortsbezeichnung „Berlin“ erhalten (in der Regierungsvorlage war „Groß-Berlin“ vorgeschlagen). Das Stadtgebiet ist nach Maßgabe der Anlage 2 des Gesetzes in 20 Verwaltungsbezirke eingeteilt. Die Verwaltungsbezirke 1 bis 6 umfassen je mehrere Stadtbezirke der bisherigen Stadt Berlin und tragen besondere neue Namen, z. B. Verwaltungsbezirk 1: Mitte, Verwaltungsbezirk 2: Tiergarten. Die übrigen Verwaltungsbezirke 7 bis 20 haben keine einheitlichen Namen. Die Anlage 2 des Gesetzes führt unter jeder dieser Nummern nur die einzelnen bisherigen Gemeinden auf, die den neuen Verwaltungsbezirk bilden, z. B. 7: Charlottenburg, Heerstraße Gutsbezirk, Plötzensee Gutsbezirk usw.; 9: Berlin-Wilmersdorf, Berlin-Schmargendorf, Berlin-Grunewald Landgemeinde usw.; 11: Berlin-Schöneberg, Berlin-Friedenau.

Für die Bezeichnung des Ausstellungs- und Zahlungsortes eines im Bereiche der neuen Stadtgemeinde Berlin ausgestellten oder zahlbaren Wechsels gilt danach jetzt folgendes:

Es ist grundsätzlich anerkannt, daß die Ortsangabe des Wechsels den Namen einer wirklich bestehenden politischen Gemeinde enthalten muß. Da das Gesetz der neuen Stadtgemeinde den Namen „Berlin“ beigelegt hat, ist somit die Ortsangabe „Berlin“ in allen Fällen ausreichend, ohne Rücksicht darauf, ob der Wechsel in dem Bezirk der bisherigen Gemeinde „Berlin“ oder einer Vorortgemeinde ausgestellt oder zahlbar ist. Unerheblich ist, daß sich die gesetzliche Bezeichnung „Berlin“ für sämtliche jetzt zu Berlin gehörige Gemeinden im Verkehr bislang nicht eingebürgert hat, denn die der gesetzlichen Vorschrift entsprechende Ortsbezeichnung wird man keinesfalls als unzulässig erachten können.

Ein z. B. in Spandau mit der Ortsangabe „Berlin“ ausgestellter Wechsel ist demnach gültig. Ebenso auch, wie schon nach bisherigem Recht, wie z. B. in Spandau ausgestellter Wechsel mit der Ortsangabe „Berlin-Spandau“, da Ungenauigkeiten der Ortsangabe unschädlich sind. Ferner sind auch in Zukunft solche Wechsel für gültig zu erklären, die als Ortsangabe lediglich den Namen einer bisherigen Vorortgemeinde tragen. Sowohl der behördliche wie auch der private Verkehr bedienen sich nach wie vor der alten Gemeindenamen. Die Ortsbezeichnung mit dem Namen der früheren Einzelgemeinde ist daher gegenwärtig noch als die verkehrsübliche Bezeichnung anzusehen. Eine Verwechslung mit den aus den Vorortgemeinden gebildeten Verwaltungsbezirken kommt nicht in Frage, weil diese keine zusammenfassenden Namen erhalten haben. Es ist allerdings richtig, daß eine Ortsbezeichnung, wie z. B. „Charlottenburg“ oder „Neukölln“ heute keine politische Gemeinde mehr darstellt. Indes hat das Reichsgericht bereits in dem Urteil v. 17. Sept. 1910 — I 58/10 — (RG. 74, 184 = JW. 1910, 949 [32]) ausgesprochen, daß der angegebene Ort nicht unbedingt eine amtlich anerkannte Gemeinde oder Ortschaft mit bestimmt festgelegten Grenzen sein müsse, es genüge vielmehr, daß als Ausstellungsort ein im Verkehr bestimmbarer geographischer Bezirk oder Platz genannt werde. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall lag der Ausstellungsort teils in der politischen Gemeinde A., teils in der politischen Gemeinde B. Das Reichsgericht hat die dadurch hervorgerufene Unsicherheit, ob der Wechsel im Gebiet der einen oder der anderen Gemeinde ausgestellt sei, für unerheblich erklärt. Dieser Entscheidung wird beizutreten und danach die Ortsangabe Charlottenburg, Spandau, Neukölln usw. als ein im Verkehr genügend bestimmter geographischer Ortsbegriff zu betrachten sein. Es dürften übrigens auch gegen die Gültigkeit eines Wechsels keine Bedenken bestehen, der z. B. im Bezirk der ehemaligen Gemeinde Charlottenburg ausgestellt ist, aber als Ortsangabe „Spandau“ trägt. Es ist nämlich nicht erforderlich, daß der Wechsel auch wirklich an dem Ort, der in dem Wechsel angegeben ist, ausgestellt worden ist. Orts- und Zeitangaben sind nur als Willenserklärungen, nicht als Tatsachen aufzufassen (Stranz, WO. 11. Aufl., Guttentag 1913, Art. 4 A. 39). Der Wechsel bedarf daher lediglich einer Angabe, die einen möglichen Ort enthält (vgl. ROHG. 6, 125; RG. 32, 117; Staub-Stranz, WO. Art. 4). Die Gültigkeit des Wechsels wird ferner nicht dadurch in Frage gestellt, daß ein an dem Ort gar nicht bestehendes Grundstück als Wohnung des Bezogenen bezeichnet und demnach die Adresse des Bezogenen unrichtig ist (RG. 60, 428). Ein Wechsel mit dem Zahlort „Spandau, Platanenallee 26“ würde daher gültig sein, obwohl es eine Platanenallee nur in Charlottenburg gibt.

Präsentationen und Proteste sind nach Art. 91 WO. in dem Geschäftslokal bzw. in der Wohnung der in Betracht kommenden Person vorzunehmen. Bei Angabe des Zahlungsortes „Berlin“ mit einer in der neuen Stadtgemeinde Berlin mehrfach vorkommenden Straße, wie Friedrichstraße oder Wilhelmstraße oder Berliner Straße, wird der Protestbeamte ermitteln müssen, in welcher der verschiedenen Straßen gleichen Namens das Geschäftslokal oder die Wohnung liegt. Durch erfolglose Nachfrage bei der Polizeibehörde (also unter Umständen bei sämtlichen Einwohnermeldeämtern Groß-Berlins) wird der Protestbeamte weiterer Nachforschungen enthoben (Art. 91 Abs. 3 WO.). Anfrage bei den Einwohnermeldeämtern ist aber nicht in allen Fällen notwendig. Der Protestbeamte braucht nur „geeignete Ermittlungen“ anzustellen, deren Auswahl in seinem pflichtmäßigen Ermessen liegt. Über die Frage, wo der oben erwähnte Wechsel mit dem Zahlungsorte „Spandau, Platanenallee 26“ zu protestieren sei, bestand nach dem früheren Rechtszustande Streit. Staub-Stranz (WO. Erl. zu Art. 4) ist folgender Ansicht: Wenn der Wechsel eine gültige Ortsbezeichnung (hier also Spandau) enthält, so ist damit für den Wechselverkehr nur die Ortschaft gemeint, die amtlich, d. h. von den politischen Behörden, so bezeichnet wird, wie dies im Wechsel geschieht. Dies wäre Spandau und zu protestieren würde demnach nur in Spandau sein (nicht in Charlottenburg, wo die Platanenallee liegt). Staub-Stranz stand damit im Gegensatz zu RG. 32, 112, wo entschieden ist, daß ein Wechsel auf „Berlin, Nollendorfstraße“ — diese liegt in Berlin-Schöneberg — auch in Schöneberg protestiert werden könne. Dem RG. ist die Protestnov. v. 30. Mai 1908 (RGBl. 1908, 321) gefolgt, die eine in dem Geschäftslokal oder in der Wohnung eines Beteiligten vorgenommene Handlung auch dann für gültig erklärt, wenn an Stelle des Ortes, in welchem das Geschäftslokal oder die Wohnung liegt, ein benachbarter Ort in dem Wechsel angegeben ist (Art. 91a WO.). Nach dem heutigen Rechtszustand ist die Streitfrage für Berlin belanglos. Die Bestimmung des Art. 91a über die benachbarten Orte hat infolge der Bildung der neuen Stadtgemeinde Berlin für die in Berlin einverleibten Orte keine Bedeutung mehr. Nach der Eingemeindung der Vorortgemeinden ist jetzt die Protestierung des Wechsels in demjenigen Stadtteil innerhalb der neuen Stadtgemeinde Berlin erforderlich, in dem das Geschäftslokal oder die Wohnung des Bezogenen tatsächlich liegt (Art. 91 Abs. 1 WO.). Ein in „Spandau, Platanenallee 26“ zahlbarer Wechsel ist also jetzt

in Charlottenburg zu protestieren. Ebenso würde auch ein in Charlottenburg, Platanenallee 26 zahlbarer Wechsel, wenn der Bezogene in Wirklichkeit in Köpenick wohnt, in Köpenick als dem tatsächlichen Wohnort, und nicht in Charlottenburg, vorzulegen und zu protestieren sein.

Bei Angabe einer Zahlstelle innerhalb der neuen Stadtgemeinde Berlin ist gemäß Art. 43 Abs. 2 WO. an der Zahlstelle gegen den benannten Zahlungsleister, sonst gegen den Bezogenen zu protestieren. Ein echter Domizilwechsel (Art. 43 Abs. 1) liegt in einem solchen Falle nicht vor.

Lauten die Notadressen eines Wechsels mit einem Zahlort innerhalb der neuen Stadtgemeinde Berlin gleichfalls auf einen Platz innerhalb der neuen Stadtgemeinde Berlin, so muß der Wechsel, wenn er notleidend wird, bei allen diesen Notadressen vorgelegt werden (Art. 56, 62 WO.).

Die vorstehenden, für den Wechselverkehr in der neuen Stadtgemeinde Berlin entwickelten Grundsätze gelten übrigens sinngemäß auch in allen anderen Fällen der Eingemeindung von Vorortgemeinden, soweit nicht etwa Bestimmungen des in Betracht kommenden Eingemeindungsgesetzes entgegenstehen.

LGRat Dr. **Winkler**, Charlottenburg.

Rechtsnatur des Anspruchs der Hypothekengläubiger aus § 101 VVG.

Hierüber äußert sich **Kisch** JW. 1922, 222 bei Besprechung des dort mitgeteilten Urteils des RG. v. 5. Juli 1921 (auch RG. 102, 350); er stimmt diesem Urteil bei, aber mit einer Einschränkung, die die Bedeutung dieses Urteils sehr abschwächt. Der dort entschiedene Fall ist in tunlichst vereinfachter Weise folgender: auf dem versicherten Hause haftet eine Hypothek für A. und eine für B.; der Eigentümer verwirkt durch Brandstiftung die Versicherungsforderung. Das an dieser für die Hypothekare begründete Pfandrecht (§§ 1127 Abs. 1, 1128 Abs. 2) äußert dennoch seine Wirkung zugunsten jener: ihnen gegenüber bleibt der Versicherer verpflichtet (§ 101 VVG.). Nun wird das Grundstück versteigert, selbstverständlich ohne die Versicherungsforderung, da diese dem Schuldner gar nicht zusteht; die Hypothek des A. kommt hierbei zur Hebung, die des B. fällt aus. Darauf baut der Ersteher das Haus wieder auf, so daß das Recht des A. an der Versicherungsforderung erlischt (§ 1127 Abs. 2), dagegen das des B. fortbesteht; denn gerade für solche ausgefallene Gläubiger ist der durch § 101 gegebene Schutz bestimmt.

Von diesem Grundsatz will **Kisch** eine Einschränkung machen: Wenn die Hypothek des B. nicht infolge der durch den Brand eingetretenen Wertverminderung ausgefallen ist, sondern auch ohne diese Entwertung schon ausgefallen wäre, dann dürfe sich das Recht des B. nicht auf die Versicherungsforderung erstrecken, falls infolge des Wiederaufbaus das Recht des A. an ihr erloschen ist. Z. B. das Grundstück mit Haus ist 20 000 ℳ wert, und belastet mit einer Hypothek des A. von 20 000 ℳ, und einer solchen des B. von 5000 ℳ. Der Eigentümer verwirkt die Versicherungsforderung durch Brandstiftung; der Schaden ist 5000 ℳ. Das Grundstück wird vor Wiederaufbau versteigert; Erlös 15 000 ℳ. Die Hypothek des B. fällt aus; das Haus wird wieder erbaut, so daß das Recht des A. an der Versicherungsforderung erlischt (§ 1127 Abs. 2). Hier soll nach **Kisch** auch das Recht des B. an ihr wegfallen, weil andernfalls B. jetzt besser stehen würde, als wenn das Haus nicht abgebrannt wäre. Eine solche Folge sei unannehmbar.

Für diese Ansicht von **Kisch** fehlt es an jedem gesetzlichen Anhalt. Der § 101 gewährt jenes Recht an der Versicherungsforderung den Hypothekengläubigern ohne jeden Unterschied, ob ihre Hypothek durch den Wert des Grundstücks gedeckt ist oder nicht. Jene Unterscheidung ist auch aus inneren Gründen abzulehnen: der Versicherer haftet in allen Fällen bis zur Höhe der Versicherungssumme (§ 50 VVG.) und nach dieser hat er die Prämie bezahlt erhalten. Der § 101 bezweckt Förderung des Bodenkredits; es liegt hier ein der Versicherung für fremde Rechnung ähnliches Verhältnis vor, so daß der Hypothekengläubiger nicht den Anspruch des Eigentümers, sondern ein eigenes Recht verfolgt; vielleicht hat ihn gerade die Höhe der Versicherungssumme zur Kredithingabe veranlaßt. Man kann daher nicht mit **Kisch** den Versicherer zu dem Nachweis verstatten, daß die Hypothek nicht infolge der durch den Brand herbeigeführten Wertverminderung ausgefallen sei, sondern daß sie auch ohne diese Entwertung ausgefallen wäre, eine Frage, deren Beantwortung übrigens zumeist recht schwierig ist, da der „Wert“ etwas mehr oder minder Schwankendes ist und der Versteigerungserlös ihn übersteigen kann. Gerade zum Schutz der ausgefallenen Gläubiger ist der § 101 bestimmt; auch dem von vornherein unsicher eingetragenen Gläubiger muß er nach Zweck und Wortlaut zustatten kommen.

RA. Dr. **Eugen Josef**, Freiburg i. Br.

Zur Abänderbarkeit der eigenen Entscheidung durch das Mieteinigungsamt.

KG. — 13. Juli 1921 16 U 700 1/21, RpflBl. 1921, 103 — und RG. — 21. Dez. 1921 575 12/III, RpflBl. 1922, 9 — haben in kürzlich erlassenen Urteilen das MEA. für befugt erklärt, seine eigenen Entscheidungen abzuändern.

Es handelt sich in jenem Falle darum, daß eine auf Grund § 6 MSchVO. genehmigte Kündigung nachträglich auf Grund des § 2 MSchVO. wieder für unwirksam erklärt wurde. Beide Gerichte haben diesen zweiten Spruch für zulässig erachtet.

In JW. 1922, 216 ff. macht **Stern**, dem die fraglichen Urteile wohl noch unbekannt waren, ebenso auf die Möglichkeit aufmerksam, daß eine auf Grund von § 6 genehmigte Kündigung nachträglich auf Grund von § 2 aufgehoben werden könne. Er nennt das einen legalen Weg zur neuen Entsch. des MEA. Sowohl KG. wie RG., wie auch **Stern**, übersehen m. E. bei diesen Entsch. einen wesentlichen Punkt:

Richtig ist, daß nirgends ausdrücklich bestimmt ist, daß an denjenigen Orten, wo § 6 gilt, die Befugnisse des § 2 aufgehoben sind.

Aber in § 1 der MSchVO. ist bestimmt: Die Erteilung der Ermächtigung ist von der Gemeindebehörde in ortsüblicher Weise bekannt zu machen.

Wo also gestattet sein soll, daß Vermieter gemäß § 2 MSchVO. das MEA. um Aufhebung einer erfolgten Kündigung ersucht, muß ortsüblich bekanntgemacht worden sein, daß diese Gestattung erfolgt ist. Auch ohne diese Bestimmung würde nach allgemeinem formellen Verordnungsrecht übrigens die Bestimmung zu ihrer Gültigkeit der Veröffentlichung bedürfen. Wenn nun, wie in den größeren Orten überall geschehen, die Landeszentralbehörde den Gemeindebehörden gestattet hat, von der Befugnis des § 6 Gebrauch zu machen, so ist wohl überall bei der Veröffentlichung dieser Ermächtigung gleichzeitig die frühere Bestimmung aufgehoben worden. So ist z. B. in Frankfurt a/Oder in § 2 der VO. v. 13. Jan. 1920 bestimmt: „Vermieter von Wohnräumen, Läden und Werkstätten können ein Mietverhältnis nur mit vorheriger Zustimmung des MEA. zu Frankfurt a/Oder rechtswirksam kündigen.“

In § 23 derselben Anordnung sind alle früheren Bestimmungen aufgehoben. Eine Bestimmung, welche die Ermächtigung aus § 2 enthielte, ist in der VO. nicht mehr enthalten. Da diese VO. alle nach einem einheitlichen Muster verfaßt sind, dürfte überall ähnlich vorgegangen sein. Jedenfalls ist dem Verf. dieser Zeilen keine VO. bekannt geworden, in welcher gleichzeitig die Bestimmung des § 6 und die des § 2 enthalten wäre.

Da also dann in den betreffenden Orten nicht ortsüblich bekanntgemacht worden ist, daß das MEA. die Befugnis aus § 2 habe oder wo dies bekanntgemacht worden ist, diese Bestimmung ausdrücklich aufgehoben worden ist, so dürfte in diesen Orten für die Anwendung des § 2 kein Platz mehr sein.

Danach darf der Mieter, welchem mit Genehmigung des MEA. gekündigt worden ist, nicht nochmals unter Berufung auf § 2 MSchVO. das MEA. anrufen.

Übrigens hat LG. Breslau in JW. 1922, 235 sich **Brumbys** Ansicht angeschlossen, daß die Einführung des § 6 die Anwendung des § 2 ohne weiteres ausschließt.

Ich halte diese Ansicht auch ohne die oben angestellten Erwägungen entgegen der Ansicht des KG. und RG. für richtig.

RA. **J. H. Gebhardt**, Frankfurt a. O.

Haftung des Mieters für Beschädigungen durch Überbringer bestellter Waren.

Dem Urteil des OLG. Düsseldorf v. 28. April 1921 (JW. 1922, 230) liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Bekl. hatte vom Kl. Fabrikräume gemietet und von einem Dritten Waren gekauft, die dieser ihm in die Mieträume zu liefern hatte; der hiermit beauftragte Fuhrmann des Verkäufers hatte durch unvorsichtiges Fahren einen Zaun des Mietgrundstücks beschädigt und der Kl. verlangte Ersatz vom Bekl. als dem Mieter, den ihm das OLG. zusprach mit der Begründung: der Bekl. habe sich des Fuhrmanns zur Ausübung des Mietgebrauchs und hiermit zur Erfüllung auch der mit diesem Gebrauch untrennbar verbundenen Obhutspflicht bedient. Der Bekl. habe hierdurch die Haftung für sorgsame Behandlung der Mietsache und des sonstigen seiner Mitbenutzung unterworfenen Eigentums des Vermieters durch die Fuhrperson übernommen. Für den bei Ausübung des vertragsmäßigen Gebrauchs (Befahren des Grundstücks) von dem Fuhrmann begangenen Verstoß gegen die Pflicht zu pfleglicher Behandlung habe daher der Bekl. nach § 278 BGB. einzustehen.

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Reichsgerichtsrat Aug. Fuchs in Gruch. 63, 277; er erachtet zwar den § 278 auf die Haftung des Mieters für Hilfspersonen anwendbar (RG. 84, 222), erkennt aber an, daß es an einer Möglichkeit fehle, den Kreis der Hilfspersonen abzugrenzen und daß die Anwendung des § 278

zu sonderbaren Folgen führe. Fuchs legt daher der Entscheidung der Frage einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt zugrunde, und zwar die Vorschriften über Miete: der Mieter hafte dem Vermieter für jeden Schaden aus vertragswidrigem Gebrauch; nach dem Zweck der Räume beurteile sich, welche Personen sie neben dem Mieter benutzen sollen und die Mitbenutzung durch diese Personen stelle sich als ein Teil des Mietgebrauchs dar, woraus sich die Haftung des Mieters für das Verschulden dieser Personen ergebe, also nicht bloß der ständigen Hausgenossen, sondern auch der vorübergehend angestellten Hilfskräfte, der Gäste jeder Art, der Kauflustigen und Wirtschaftsgäste, der zur Ausbesserung bestellten Handwerker, der Leute des Möbeltransporteurs usw. (315—319). — Dagegen lehnt Fuchs die Haftung ab für solche Personen, die Waren dem Mieter zu überbringen haben: diese Personen ständen dem Mieter durchaus selbständig gegenüber; bei und durch ihren Aufenthalt in des Mieters Wohnung erledigten sie ihre Angelegenheiten (d. h. die der sie sendenden Verkäufer), die sich nur mit denen des Mieters berührten; zwischen diesem und ihnen bestehe kein soziales oder sonstiges Abhängigkeitsverhältnis, auf Grund dessen man den Gebrauch der Wohnung durch die Überbringer der Waren als den vom Mieter ausgeübten Mietgebrauch ansehen könnte, zumal deren Aufenthalt auf dem Mietgrundstück nur kurz sei, sich zumeist auf Vorraum, Hof oder Küche beschränke. —

Ob jener Ansicht von Fuchs beizustimmen ist und ob ihr nicht vielmehr die gleichen Bedenken entgegenstehen, wie der Anwendung des § 278[1]), soll hier nicht untersucht werden. Es sei nur darauf hingewiesen, daß Fuchs trotz der weitgehenden Haftung, die er dem Mieter ansinnt, doch den vom OLG. entschiedenen Fall ausschließt. Die Ansicht des OLG. hat zur Folge, daß wenn mir der Bote des Buchhändlers, des Fleischers, Bäckers, die bestellten Bücher oder Lebensmittel überbringt und er hierbei den Gartenzaun, die Stubentüre oder das Fenster beschädigt, ich hierfür aufkommen müßte, weil ich mich jenes Boten zur „Erfüllung der mit dem Mietgebrauch untrennbar verbundenen Obhutspflicht" bedient habe. Das Gekünstelte dieser Folgerung macht sie unzulässig.

RA. Dr. Eugen Josef, Freiburg i. Br.

Tragweite des guten Glaubens eines fiduziarischen Rechtserwerbes.

In Verbindung mit dem vielerörterten fiduziarischen Veräußerungsgeschäfte ist neuerdings wiederholt doch noch eine neue, eigenartige Frage aufgetaucht. Zwar bedurfte sie nach Lage der Fälle einer ausdrücklichen Entscheidung nicht. Gezeigt hat sich jedoch, daß ihre Klärung angezeigt ist und genügendes Interesse für sich beanspruchen darf.

Es ist an Tatbestände folgender Art zu denken: Ein Scheineigentümer veräußert die ihm selbst nur zum Scheine übereignete Sache sicherungshalber an seinen i. S. des § 932 BGB. gutgläubigen Gläubiger; nach seiner Befriedigung veräußert dieser die Sache an den Scheineigentümer wieder zurück. Oder: der Gläubiger einer bloßen Scheinforderung i. S. des § 405 BGB., oder der einer zwar rechtsbeständigen aber bereits erloschenen Forderung tritt diese gleichfalls nur sicherungshalber an seinen i. S. des § 405 gutgläubigen Gläubiger ab und erhält sie demnächst, nachdem er ihn befriedigt, von ihm wieder zurück übertragen. Danach soll es sich um die Frage handeln,

> ob in Fällen gedachter Art der Rückerwerber der Sache oder der Forderung mit Erfolg geltend machen kann, daß er das zuvor veräußerte bloße Scheinrecht (oder das bereits erloschene Forderungsrecht) jetzt um deswillen als ein rechtsbeständiges erlangt habe, weil er es nunmehr von dem gutgläubigen Erwerber erhalten habe und somit dessen Rechtsnachfolger geworden sei.

Nach richtiger Anschauung ist diese Frage zu verneinen. Für ihre Bejahung spricht nur der Anschein; eine solche Entscheidung könnte jedoch einer zutreffenden Würdigung der ganzen Rechtslage nicht stand halten und sie würde auch zu einem offenbar unliebsamen Ergebnisse führen.

Der Anschein für die Bejahbarkeit der Frage kann sich aus der allgemeinen, daher auch an erster Stelle zu erörternden Vorfrage ergeben, ob denn der gutgläubige Rechtserwerb überhaupt eine rechtsgestaltende oder rechtserzeugende Wirkung zu äußern vermag, und zwar dergestalt, daß vermöge eines solchen Erwerbes ein in Wirklichkeit nicht bestehendes Recht (oder eine solche Forderung) in der Hand des gutgläubigen Erwerbers zu einem vollkommen rechtsbeständigen und somit in dieser Beschaffenheit ohne Rücksicht auf den guten Glauben eines etwaigen weiteren Erwerbers auch zu einem weiter übertragbaren wird. — Diese Vorfrage ist allerdings anstandslos zu bejahen. Den Gegnern kann keineswegs zugegeben werden, daß das maßgebliche geltende Recht dem gutgläubigen Rechtserwerber nur für seine Person einen Schutz verleihen will.

Nach § 932 BGB. wird der gutgläubige Erwerber einer beweglichen Sache auch dann deren Eigentümer, wenn die Sache dem Veräußerer nicht gehört. Er erlangt mithin Eigentumsrecht, wiewohl der Veräußerer es ihm zu gewähren mangels eigenen Rechtes nicht in der Lage war. Ob man diese Wirkung durch die Vorstellung erklären will, daß dem Erwerber gegebenenfalls das Eigentum des wahren Eigentümers durch den Nichteigentümer übertragen wird (Planck Anm. 3 zu § 932 BGB.; Enneccerus-Wolff Bd. II § 69 Anm. zum III.); oder ob man annehmen mag, daß dem guten Glauben die Kraft zugewiesen sei, den Mangel des Eigentums des Nichteigentümers zu ersetzen (Biermann, Sachenrecht Anm. 6 zu § 932), oder jenen Mangel zu decken (Staudinger Anm. II 1 3 zu § 932), ist für unsere Frage ohne besondere Bedeutung. Richtiger scheinen an sich indes die letzteren Auffassungen. Denn für eine Vorstellung des Inhalts, daß der Nichteigentümer das Recht des wahren Eigentümers überträgt, wiewohl er — woran hier zu denken — selbst gar nicht den entsprechenden Willen hat und auch gar nicht als Vertreter des Nichteigentümers, sondern in eigenem Namen handelt, und wiewohl anderseits auch der Erwerber nur das (vermeintliche) Recht des Geschäftsgegners selbst zu erlangen beabsichtigt, fehlt es an der erforderlichen Rechtsgrundlage; für Anwendung der Grundsätze von der auftragslosen Geschäftsführung besteht hier jedenfalls kein Raum. Welchen Standpunkt man jedoch auch teilen mag, soviel bleibt immer bestehen, daß gegebenenfalls der Erwerber allein vermöge seines guten Glaubens Eigentumsrecht erlangt und zu erlangen vermag. Dieses Eigentumsrecht stellt sich nun aber auch in jeder Hinsicht als ein so vollkommenes dar, wie sonst das Eigentum nach seiner grundsätzlichen Ausgestaltung (§ 903 BGB.); insbesondere kann auch davon keine Rede sein, daß es dem gutgläubigen Erwerber an der Fähigkeit etwa fehlte, sein Eigentum als solches schlechthin weiter zu übertragen. — Der Grundsatz des § 932 greift sodann entsprechend auch beim Erwerber des Faustpfandes und des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache auf Grund guten Glaubens Platz (§§ 1207, 1032 BGB.).

Für das Liegenschaftsrecht kommen die Vorschriften der §§ 891, 892, 1138 in Betracht, wonach zu vermuten ist, daß demjenigen, für welchen ein Recht eingetragen steht, „das Recht" zusteht, und wonach zugunsten des Erwerbers eines Rechtes am Grundstücke der Inhalt des Grundbuchs als richtig zu gelten hat. Hiernach kann erst recht nicht zweifelhaft sein, daß dem guten Glauben eine rechtsgestaltende und rechtserzeugende Kraft zuteil geworden ist, da doch die genannten Vorschriften unfraglich auch solche Fälle mit umfassen, in denen Gegenstand des rechtsgeschäftlichen gutgläubigen Erwerbes ein in Wirklichkeit nie entstandenes oder ein nicht mehr bestehendes Recht ist. (Vgl. das Urteil des 6. ZS. v. 11. Dez. 1918 V 223/18 bei Gruchot 63, 485.)

Gemäß § 405 BGB. kann demjenigen, welchem eine bloße Scheinforderung unter Vorlegung der Schuldurkunde abgetreten worden ist, dem aber der wahre Sachverhalt bei der Abtretung nicht bekannt war, nicht entgegengehalten werden, daß das Schuldverhältnis nur zum Schein eingegangen sei. Nach dieser Fassung des Gesetzes könnte hier über die Tragweite des guten Glaubens eher ein Bedenken aufkommen. Denn hier ist nicht gesagt, daß der Zessionar „die Forderung" erwirbt, oder daß die Forderung als richtig zu gelten hat; vielmehr ist eine Ausdrucksweise gewählt, wonach anscheinend nur ein Einwand des Schuldners dem Erwerber gegenüber ausgeschlossen sein würde. Allein gleichwohl ist auch hier die Auffassung abzulehnen, als wäre durch die Vorschrift dem gutgläubigen Erwerber allein für seine Person ein Rechtsschutz zugedacht worden. (Vgl. Komm. von Hölder-Schallmeyer, Anm. 3 zu § 405; Staudinger, Anm. 3 zu § 405; Wellspacher, Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 66, wo überall verneint wird, daß sich der weitere Zessionar auf den gutgläubigen Erwerb des Vorgängers gemäß § 405 berufen könne.) Indes es läßt sich nicht denken, daß das Gesetz dem guten Glauben im Falle des § 405 eine andere und eine nur schwächere Wirkung hat beimessen wollen als im Gebiete des dinglichen Rechts. Dem Gesetze liegt sicherlich überall der nämliche Rechtsgedanke zugrunde: nämlich der, durch Anerkennung des rechtsgeschäftlichen gutgläubigen Erwerbers der Verkehrssicherheit zu dienen, diesem Zwecke kann nun aber gleicherart wie auf dem Gebiete des dinglichen Rechts so auch auf dem des Schuldrechts — soweit das hier überhaupt in Frage kommt — nur dann völlig gedient sein, wenn der Rechtserfolg des gutgläubigen Rechtserwerbes der ist, daß der Erwerber nicht nur persönlich Schutz gewinnt, daß sich vielmehr das erworbene Recht auch an sich zu einem vollkommenen und rechtsbeständigen in seinen Händen gestaltet. Andernfalls bliebe der Erwerber, wenn er das erworbene Recht weiter übertrüge, immer noch den Gewährsansprüchen seines Nachfolgers ausgesetzt (§ 434 BGB.), und dann könnte man überhaupt nicht mehr davon sprechen, daß er das Recht erworben habe, da im Falle eines wirklichen Rechtserwerbes von Gewährsansprüchen des Rechtsnachfolgers gar keine Rede sein dürfte. Könnte sich im Falle des

---

[1]) Vgl. Josef in JW. 1914, 1026 und 1917, 963. Auch Fuchs erachtet den Mieter als ersatzpflichtig für Beschädigungen, die der von des Mieters Dienstmädchen aufgenommene Liebhaber, sowie jeder noch so vorübergehend ansprechende Besucher anrichtet, nicht aber für Beschädigungen durch den Arzt oder durch den zur Besprechung einer geschäftlichen Angelegenheit Eintretenden, durch Bettler und Beamte (S. 315—319).

§ 325 der Zessionar des ihm abgetretenen vermeintlichen Gläubigerrechts nur deswegen und nur insofern wirksam bedienen, als er gegen die Geltendmachung eines den Bestand der Forderung ausschließenden Einwandes geschützt wäre, ohne daß er jedoch ein Gläubigerrecht selbst erlangt hätte, dann stünde juristisch überhaupt eine so unklare Rechtslage in Frage, wie sie das Gesetz selbst unmöglich gewollt haben kann. — Zu durchweg befriedigenden Ergebnissen kommt man daher auch bei § 405 nur dann, wenn man auch diese Vorschrift in ihrem Endergebnisse dahin versteht, daß der Zessionar das ihm abgetretene Recht als ein rechtsbeständiges und als solches auch weiter übertragbares erwirbt.

Hier zeigt sich im übrigen wiederum die rechterzeugende Kraft des gutgläubigen Rechtserwerbes, da gemäß § 325 eine vorauszusetzende Scheinforderung, also eine zu Recht überhaupt nicht bestehende, wie anzunehmen, zu einer rechtsgültigen wird.

Wer den gutgläubigen Rechtserwerb auf irgendeinem Gebiet in beschränkterer Tragweite auffaßt, als zuvor dargelegt worden, verkennt den Grundgedanken und den Zweck der gegebenen Rechtsregelung.

Besonders könnte die Sache freilich gerade dann liegen, wenn der Veräußerer eines Scheinrechts oder einer nicht mehr bestehenden Forderung diese von dem gutgläubigen Erwerber demnächst selbst wieder zurückübertragen erhält. Darf auch er jetzt geltend machen, daß das an ihn zurückgelangte Recht inzwischen bereits zu einem rechtsbeständigen geworden sei und er es daher auch selbst als solches erlangt habe? Diese Sonderfrage könnte für unseren Fall eine entscheidende Rolle um deswillen spielen, weil nach dem uns vorliegenden vorausgesetzten Tatbestande das nur sicherungshalber veräußerte Scheinrecht usw. von dem gutgläubigen Erwerber ebenfalls wieder an den nicht berechtigten Veräußerer selbst zurückübertragen wird, und weil die Entscheidung eines solchen Falles einer weiteren Prüfung gar nicht mehr bedürfte, wenn die Sonderfrage ohnehin schon zuungunsten des Rückerwerbers zu verneinen wäre. Das trifft jedoch für den Regelfall nicht zu. Für den Regelfall ist vielmehr die Frage nach der Tragweite des gutgläubigen Erwerbers auch unter den gedachten Umständen zu bejahen, wenngleich das Ergebnis befremdlich scheinen mag. Denn unter den zutreffenden Voraussetzungen stellt sich auch dies Ergebnis zwingend als ein nur folgerichtiges dar. Es kommt nur darauf an, was man sich jetzt unter dem Regelfalle vorzustellen hat. Ich stelle ihn mir aber derart vor, daß hinsichtlich des Rückerwerbes schlechthin nichts anderes und nichts weiteres in Frage steht, als daß der Veräußerer den Gegenstand der Veräußerung von dem gutgläubigen Erwerber in der Folge tatsächlich wieder erwirbt, und zwar ohne daß der Rückerwerb schon in dem ehemaligen Veräußerungsgeschäfte seine innere und seine rechtliche Begründung fände; wenn also jeweils zwischen dem vorausgegangenen Veräußerungsgeschäfte und dem späteren Rückerwerbe keine andere als eine historische Beziehung bestünde. Unter solchen Umständen kann die Tatsache, daß es sich um einen Rückerwerb handelt, in der Tat von keiner ersichtlichen Bedeutung sein. Vielmehr liegt alsdann die Sache grundsätzlich nicht anders, als hätte jetzt sonst ein beliebiger Dritter das an den gutgläubigen Erwerber gediehene Recht von diesem erworben, oder als hätte der ehemalige Veräußerer das veräußerte Recht von einem beliebigen anderen als seinem Nachfolger wieder erworben. Alsdann erscheint eben der Rückerwerb in jeder Hinsicht als ein neuer Erwerb und in jeder Hinsicht als der Erwerb des Rechtes eines Anderen. Unter solchen Umständen läßt sich daher aber auch nichts anderes annehmen, als daß gegebenenfalls das wieder erworbene Recht in der nämlichen Beschaffenheit an seinen ehemaligen Veräußerer zurückgelangt, in der es sich im Zeitpunkte des Rückerwerbes bei dem nunmehrigen Veräußerer befunden hatte.

Um einen solchen Regelfall kann es sich andererseits jedoch dann nicht mehr handeln, wenn der Rückerwerb schon in dem zuvorigen Veräußerungsgeschäfte seinen rechtlichen Grund hat; wenn also für die Anschauung nicht mehr Platz wäre, als stünde ein von dem ehemaligen Veräußerungsgeschäfte rechtlich völlig unabhängiges Erwerbsgeschäft in Frage, und als hätte der Rückerwerber schlechthin das Recht eines Anderen erworben. Selbstverständlich wird der Veräußerer eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Rechtes sich namentlich dann nicht auf den gutgläubigen Erwerb seines Geschäftsgegners berufen können, wenn sich der Rückerwerb überhaupt nicht vermöge eines neuen Veräußerungsgeschäftes, sondern schon unmittelbar auf Grund des ehemaligen Veräußerungsgeschäftes selbst vollzieht, wie das bei einem auflösend bedingten zutrifft, wo der frühere Zustand infolge Eintrittes der Bedingung ohne weiteres eintritt. Denn hier kann der Veräußerer überhaupt nicht als Rechtsnachfolger des Erwerbers in Betracht kommen.

Dies alles vorausgeschickt wird nunmehr zu entscheiden sein, wie sich die Sache betreffs der Rückwirkung des guten Glaubens in unserem Falle gestaltet, wo ebenfalls zunächst Voraussetzung ist, daß ein an sich nicht bestehendes, sicherungshalber, fiduziarisch veräußertes Recht an einen gutgläubigen Fiduziar gelangt, und dann weiter auch vorauszusetzen ist, daß das Recht nach Befriedigung des Genannten von diesem an den Veräußernden selbst im Wege der Rückübertragung zurückgelangt. Tritt hier gleichfalls die Folge ein, wie sie zuvor auch für den dabei gekennzeichneten Sonderfall grundsätzlich dargelegt worden, daß nämlich der gute Glaube des Erwerbers auch dem Rückerwerber selbst mittelbar zustatten kommt; oder müssen hier andere Gesichtspunkte zu einem verschiedenen, und zwar zu einem dem Rückerwerber ungünstigen Ergebnisse führen? Es trifft das letztere zu. Denn unser jetziger Fall ist von dem früher gekennzeichneten und als Regelfall angesprochenen rechtlich wesentlich verschieden.

Entscheidend ist hier nämlich durchaus die Eigenart des fiduziarischen Übereignungs- oder Abtretungsgeschäftes sicherungshalber, wie sie sich aus dem Zwecke des Geschäftes ergibt.

Das Eigenartige derartiger Veräußerungsgeschäfte zeigt sich darin, daß der unmittelbare Rechtserfolg des Geschäftes mit dem verfolgten Geschäftszwecke innerlich nicht in Einklang steht. Jener unmittelbare Rechtserfolg ist der, daß der Veräußerer das auf den Fiduziar übertragene Recht de jure einbüßt, und daß der Fiduziar es zu eigen erwirbt. Beabsichtigt ist dagegen nicht, wie sonst bei Veräußerungsgeschäften regelmäßig der Fall, daß die Entäußerung eine dauernde und endgültige und andererseits auch der Erwerb ein derartiger sein soll; vielmehr soll nach der Absicht der Beteiligten die bewirkte Rechtsänderung nur eine vorübergehende, unter bestimmten, von vornherein gegebenen Voraussetzungen wieder zu beseitigende sein (JW. 1918, 181[5]). Es liegt das eben daran, daß die Veräußerung lediglich zu Sicherungszwecken erfolgt, das übertragene Recht mithin dem Erwerber nur, wie sonst ein Pfand, als Sicherungsgegenstand dienen soll, und daß demgemäß dem Veräußerer auch der Anspruch vorbehalten bleibt, das veräußerte Recht zurückzuerlangen, sobald der Erwerber seine Befriedigung erhalten hat. Läßt sich sonach aber das fiduziarische Veräußerungsgeschäft seiner wirtschaftlichen Bestimmung nach und in Gemäßheit des Innenverhältnisses überhaupt nur als ein Sicherungsgeschäft mit den Aufgaben eines Pfandrechts auffassen, dann erscheint nunmehr auch nur die Annahme als folgerichtig, daß zwar gegebenenfalls der gute Glaube des Erwerbers des ihm sicherungshalber gewährten (angeblichen) Rechts dazu dient, ihm nach außen hin eben die Rechtsstellung zu sichern, deren er teilhaftig geworden wäre, wenn das ihm übertragene, in Wirklichkeit nicht bestehende Recht Rechtsgültigkeit gehabt hätte, daß aber nach innen hin eine andere Tragweite dem guten Glauben hier nicht beigemessen werden kann. Es darf ihm also in Gemäßheit des Innenverhältnisses, in Hinblick auf die wirklich bestehende Rechtslage, und deswegen insbesondere, weil sich der Veräußerer vermöge seines Herausgabeanspruchs seine Beziehung zu dem veräußerten Rechte wenigstens mittelbar dauernd erhalten hat, nicht eine Wirkung zugesprochen werden, wie sie sich sonst in den zutreffenden Fällen zugunsten des Rückerwerbers äußert. Nach der ganzen Sachlage kann sich hier sonach die Rückübertragung des sicherungshalber veräußerten Rechts auch nur dahin äußern, daß sie dem ehemaligen Veräußerer und jetzigen Rückerwerber des Rechts nach außen hin seine frühere Stellung als Rechtsinhaber wiedergibt und der vormalige Erwerber sie verliert. Dagegen ist die Vorstellung mit der ganzen Sachlage unvereinbar, daß sich der Rückerwerber materiell als den Rechtsnachfolger des Fiduziars betrachten kann, und daß er durch die äußerlich sich vollziehende Rückübertragung ein Recht erlangt, das durch den guten Glauben des Fiduziars zu einem rechtsgültigen geworden wäre. Es ist vielmehr zu sagen, daß der Rückerwerber durch die Rückübertragung eben nur das zurückerhält, was er zuvor lediglich der äußerlichen Rechtsform nach veräußert hatte, und daher das fiduziarisch veräußerte Recht auch nur in eben der Beschaffenheit zu eigener Verfügung wiedererlangt, in der es sich ehemals zur Zeit seiner Veräußerung befunden hatte. War doch gegebenenfalls die Veräußerung von vornherein nicht als eine endgültige und dauernde gedacht und gewollt, vielmehr von vornherein auf Rückgängigmachung gerichtet. — Ebensowenig wie derjenige, welcher ein Pfand mit einer ihm nicht gehörigen Sache auch der Rechtsform nach nur als Pfand bestellt hat, später zu seinen Gunsten irgendwie geltend machen kann, daß der Pfandnehmer kraft seines guten Glaubens das Pfandrecht wirksam erlangt habe, ebensowenig kann es entsprechend derjenige tun, welcher die Sicherung im Sinne eines Übereignungsgeschäftes bestellt hat. Denn auch hier liegt in Wirklichkeit und wirtschaftlich nur die Gewährung der Sicherheit mittels des veräußerten Rechts des Schuldners vor. Durch den guten Glauben des Pfandnehmers kann auch das der Verpfändung unterliegende Recht des Pfandgebers niemals eine bessere Beschaffenheit gewinnen, als die ihr an sich innewohnende. — Unser Fall ist nach seiner gesamten Gestaltung weiter auch dem Falle wenigstens vergleichbar, wie er an früherer Stelle erwogen worden, daß nämlich die Veräußerung eines nicht bestehenden oder nicht mehr bestehenden Rechts an einen gutgläubigen Empfänger unter einer auflösenden Bedingung erfolgt ist und der frühere Zustand daraufhin wegen Eintritts der Bedingung eintritt; nur daß unter solchen Umständen der frühere Zustand ohne weiteres sich herstellt, während die Wiederherstellung in unserem Falle erst durch Ausübung des Rückforderungsanspruchs herbeigeführt wird. Der Vergleichspunkt zeigt sich jedoch darin, daß hier wie dort die Veräußerung von vornherein nicht schlechthin als eine endgültige und dauernde beabsichtigt und vorgenommen worden war. Ohne weiteres kann das fiduziarische Veräußerungsgeschäft freilich nicht als ein auch auflösend bedingtes erachtet werden.

Zu berücksichtigen ist endlich, daß durch die Sicherheitsübereignung zwischen den Beteiligten nach innen ein Treuhandverhältnis entsteht. Empfängt und behält nun der Fiduziar das

ihm der Rechtsform nach veräußerte Recht seines Schuldners nur zu treuen Händen, dann scheint es auch hiermit unvereinbar, daß der Schuldner gegebenenfalls sich auf den Standpunkt stellen dürfte, daß er durch den Rückerwerb des Rechts aus treuer Hand der Rechtsnachfolger des Treuhänders geworden sei und von diesem ein neu entstandenes Recht erlangt habe. Die nur fiduziarisch veräußerte Sache verbleibt eben wirtschaftlich im Eigentum des Veräußerers (RG. 84, 217). Wer nun das annimmt, und gar mit der Folge, daß er den Konkursgläubigern des Veräußerers sogar ein Aussonderungsrecht zuspricht (RG. 79, 122; Jaeger, Konkursordnung Anm. 38 zu § 43 KO.; Sydow-Busch Anm. 1 zu § 43 und die dort genannten weiteren Urteile), wird sich unserem zuvor gewonnenen Ergebnisse auch in der hier behandelten Frage unmöglich entziehen können.

Dieses Ergebnis geht alles in allem also dahin, daß zwar im Regelfalle der gute Glaube des Erwerbers auch seinem Veräußerer selbst mittelbar zugute kommt, daß dies jedoch nicht der Fall, wenn die Veräußerung nur sicherungshalber erfolgt war.

Anläßlich des ersteren, positiven Ergebnisses sei noch ein Blick auf folgende Frage geworfen. Es kann nach dem hier vertretenen Grundsatze vorkommen, daß ein Nichteigentümer, insbesondere auch jemand, dem das Eigentum nur zum Scheine übertragen worden ist (§ 117 BGB.), dadurch zum wirklichen Eigentümer wird, daß er die Sache an einen gutgläubigen Dritten veräußert und sie danach von diesem zurückerwirbt, und es wäre in diesem Falle die notwendige Folge weiter auch, daß der wahre Eigentümer seines Eigentumsrechtes verlustig ginge; es kann weiter vorkommen, daß ein Scheingläubiger i. S. des § 405 BGB. zum wirklichen Gläubiger wird, weil er die Scheinforderung von seinem gutgläubigen Zessionar zurückerworben hätte: kommt in solchen Fällen der neu begründete Erwerb des früheren Veräußerers dort auch dem vormaligen wahren Eigentümer und hier dem Schuldner gegenüber entscheidend zur Geltung? Wäre das so, dann könnte unser positives Ergebnis allerdings bedenklich sein. Indes die Sache ist nicht so schlimm, wie es den Anschein hat. Denn vermag auch dort der ehemalige wahre Eigentümer von seinem vormaligen, inzwischen eingebüßten Eigentumsrechte überhaupt nicht mehr Gebrauch zu machen, wäre ihm also die dingliche Klage auch dem ehemaligen Scheineigentümer und jetzigen wirklichen Eigentümer gegenüber zu versagen, und könnte im anderen Falle der debitor cessus das wirklich entstandene Gläubigerrecht des ehemaligen bloßen Scheingläubigers auch nicht mehr leugnen, so sind beide doch in der Lage, auf anderem Wege sich zu helfen oder sich zu schützen. Der ehemalige wahre Eigentümer vermöchte es, die dem jetzigen Eigentümer nur zum Scheine veräußerte Sache von ihm, wenn etwa nicht kraft des etwaigen dem Scheingeschäfte zugrunde liegenden Abkommens (§ 139 BGB.), so doch jedenfalls mittels der Schadensersatzklage aus § 826 BGB. nach Maßgabe des § 249 wieder an sich zu bringen, und der debitor cessus würde die Klage des vormaligen Scheingläubigers durch die exceptio doli generalis abwehren. Daß durch das Verhalten des Scheineigentümers, der in Kenntnis der Sachlage die Sache an einen gutgläubigen Dritten veräußert und sie so dem wahren Eigentümer entzogen hätte, sowie durch das Verhalten des Scheingläubigers, der die bloße Scheinforderung durch deren Abtretung an einen gutgläubigen Dritten zu einer dem debitor cessus gegenüber rechtsbeständigen gemacht hätte, dort der Tatbestand des § 826 und hier der der genannten Einrede begründet sein würde, kann nicht zweifelhaft sein. Die Schadensersatzklage aus § 826 wäre im übrigen immer dann gegeben, wenn überhaupt ein Nichteigentümer in Kenntnis des Nichteigentums (abgesehen also auch vom vorausgesetzten Falle des Scheineigentums) gehandelt hätte, wie zuvor betreffs des Scheineigentümers angenommen worden. Endlich ist auch gewiß, daß die Lage des veräußernden Nichteigentümers sowie die des abtretenden Scheingläubigers dem geschädigten wahren Eigentümer oder dem geschädigten Schuldner gegenüber in Fällen der gekennzeichneten Art auch dann keine bessere sein könnte, wenn er die Sache oder die Forderung gegen Entgelt wiedererlangt hätte. Diese Einbuße müßte er selbst tragen.

Eine Nichtigkeit indes des Veräußerungsgeschäftes kann im Falle der Gutgläubigkeit des Erwerbers nicht in Frage kommen, da allein die widersittliche Absicht des Veräußerers nicht ausreicht, das Geschäft selbst zu einem wider die guten Sitten verstoßenden zu machen (RG. 98, 73; 63, 150; 68, 98; 80, 221; 78, 353; 86, 148).

Reichsgerichtsrat a. D. J. Kiehl, Leipzig.

Entgegnungen.

Kann das Einigungsamt durch Zustimmung zu einer Teilkündigung die teilweise Auflösung eines Mietvertrages ermöglichen?

I.

Die vom LG. Arnsberg ausgesprochene, von Mittelstein (JW. 1922, 235 Nr. 1) gebilligte Ansicht, daß bei entsprechend beschränkter Zustimmung des Einigungsamtes eine teilweise Kündigung des Mietvertrages zulässig sei, erscheint nicht zutreffend. Mittelstein gibt selbst zu, daß eine teilweise Kündigung der durch einheitlichen Vertrag gemieteten Räume nach dem Recht des BGB. nicht möglich ist. Die Mieterschutzverordnung ändert an den Bestimmungen des BGB. über die Kündbarkeit von Mietverträgen an sich nichts, sie stellt nur neben den bisherigen Voraussetzungen für die Kündigung ein weiteres Erfordernis für die Wirksamkeit einer solchen auf, nämlich die Zustimmung des Einigungsamtes. Eine Kündigung, die nach BGB. nicht möglich ist, kann nicht durch die Zustimmung des Einigungsamtes zulässig werden.

Für das Einigungsamt mag es in vielen Fällen nahe liegen, einen Ausgleich zwischen den Interessen des Mieters und Vermieters dadurch zu suchen, daß der erstere zur Rückgabe eines Teils der Wohnung verpflichtet wird. Das ist aber nur im Vergleichswege möglich. In Fällen, in denen nach Billigkeitsgrundsätzen das Interesse des Vermieters überwiegt, wird der Mieter zum Abschluß eines solchen Vergleichs um so eher geneigt sein, je mehr ihm sonst ein die volle Kündigung zulassender Spruch des Einigungsamts droht.

Könnte dagegen das Einigungsamt durch Zulassung der Teilkündigung dem Mieter einzelne Räume entziehen, so würde es praktisch die Beschlagnahme entbehrlicher Räume vornehmen, also in die Funktionen des Wohnungsamtes eingreifen. Eine klare Abgrenzung der Zuständigkeit ist aber unerläßlich, soll nicht das Nebeneinanderwirken von Gericht, Einigungsamt und Wohnungskommissar zu unentwirrbarem Durcheinander führen.

LGRat Dr. Bruschwitz, Breslau.

II.

Die Ausführungen des Herrn Verf. überzeugen mich nicht. Allerdings hat die MSchVO. die Vorschriften über die Kündigung nicht geändert, aber sie beeinflußt ihre Wirksamkeit. Ich habe deshalb auch betont, daß der Vermieter nur beantragen kann, daß das MEA. zu der Kündigung des ganzen Mietverhältnisses seine Zustimmung gebe. Gibt es sie nur zur Kündigung einzelner Räume, so wird damit die Durchführbarkeit der Willenserklärung des Vermieters beschränkt: der Vermieter kündigt das Mietverhältnis, deshalb kann der Mieter ganz räumen; da aber das MEA. der Kündigung nur für einzelne Räume zugestimmt hat, braucht der Mieter nur diese zu räumen. Das ist ein billiges Ergebnis, wo das MEA. anerkannt hatte, daß der Mieter einen Raum oder einige Räume hergeben kann. Der Verf. kann dem nur entgegenhalten: die MSchVO. hat nichts geändert an der Kündbarkeit nach dem BGB. Aber das ist eine petitio principii. Und selbst wenn die MSchVO. an der Kündbarkeit nach BGB. nichts geändert hätte, so hat sie, jedenfalls der Kündigung einen Teil ihrer bürgerlichrechtlichen Wirksamkeit genommen. Warum soll der Jurist sich gegen ein gesundes Ergebnis sträuben? Könnte doch — wie Verf. selbst zugibt — das MEA. durch Androhung der Genehmigung der Kündigung ohne Beschränkung einen starken Druck auf den Mieter ausüben. Bedeutsamer ist die Befürchtung des Verf.: bei meiner Auffassung würde die Grenze zwischen MEA. und Wohnungsamt verwischt, weil dann das MEA. praktisch eine Beschlagnahme entbehrlicher Räume vornehme. Das kann nicht zugegeben werden, weil das MEA., wenn es dem Vermieter die beschränkte Kündigung gestattet, diesem ermöglicht, über seine Räume frei verfügen zu können. Eine Beschlagnahme dagegen entzieht dem Vermieter gerade umgekehrt die Verfügung über seine Räume.

OLGPräs. Prof. Dr. Max Mittelstein, Hamburg.

Sammelheizung und Sommermieter.

Es ist verwunderlich, wie spät eigentlich lebenswichtige Fragen des heutigen Mietrechts, von denen man annehmen muß, daß sie in der Praxis täglich vorkommen, zur Entscheidung höherer Instanzen kommen. Ich erinnere daran, daß die in der Theorie so heiß wegen ihrer Gültigkeit umstrittene PreußHöchstMAO. v. 9. Dez. 1919 erst jetzt, Anfang 1922, zur Nachprüfung durch das RG. gelangt ist. Ebenso wichtig scheint mir bei der Häufigkeit von Häusern mit Sammelheizungen in Großstädten die Frage, wer beim Mieterwechsel im Laufe des Jahres für die Heizungskosten aufzukommen hat, ob also der Sommermieter daran teil hat. Eine Erörterung erscheint mir um so wesentlicher, als dringend nötig ist, daß die preußischen Ausführungsbestimmungen zum Reichsmietengesetz eine ausdrückliche Klärung dieser Frage bringen, die bei den außerordentlich hohen Heizkosten für viele Mieter von größter Bedeutung ist.

In einer Sache E. gegen P. 40 O 428/21 lag dem LG. I Berlin ein Fall vor, in welchem der Vermieter die Mieträume zum 1. Okt. 1921 selbst dringend brauchte und die Parteien deshalb am 1. April 1921 den Auszug des Mieters zu diesem Tage vertraglich festgelegt hatten. Er ist auch pünktlich erfolgt. Der Mieter war also nur Sommermieter und es stand sein Auszug bereits zu Beginn des Sommerhalbjahres fest. Er wollte deshalb keine Heizungsvorschüsse bezahlen. Das LG. hat ihn aber am 17. Nov. 1921, also noch nach dem Auszug, für verpflichtet erklärt, über 22000 ℳ Heizungsvorschüsse zu bezahlen. In den Gründen des Urteils ist dargelegt, daß zwar der Wintermieter die gesamten Heizungskosten endgültig zu tragen habe, daß aber die Abrechnung erst am 1. April erfolge

und daß bis dahin der Sommermieter vorschußpflichtig bleibe, damit der Vermieter rechtzeitig Kohlen beschaffen könne. Dies müsse selbst dann gelten, wenn der Vermieter selbst die Räume als Wintermieter übernommen habe, also feststehe, daß er der endgültige Kostenschuldner werde.

Die Sache schwebt zur Zeit in der Berufungsinstanz als 17 U 780/22 und ist noch nicht entschieden. Der Senat hat aber einen Beschluß erlassen, daß sich die Parteien erklären sollen, ob und an welchen Tagen des Sommerhalbjahres geheizt worden sei. Darin liegt also zum mindesten das Anerkenntnis, daß der Sommermieter nicht ohne weiteres für die sechs Sommermonate endgültig zahlungspflichtig sei.

Dieser Beweisbeschluß steht im Gegensatze zu einem Urteil desselben Senats v. 20. Febr. 1922, M. gegen K. 17 U 12 422/21. Hier hatte der Mieter einer Gastwirtschaft mit Sammelheizung das Lokal im August 1921 mit Zustimmung des Wirts weiterverkauft und für den ferneren Eingang „der Miete" sich verbürgt. Er wurde auf nicht eingegangene Heizkosten verklagt. Das Urteil sagt dazu:

„Der Mietvertrag wirft zwar nur die reine Miete aus. Mehr war auch nicht nötig, weil bereits die Höchstmietenanordnung in Kraft war, deren § 7 in Verbindung mit der Bekanntmachung des Wohnungsverbandes Groß-Berlin v. 14. April 1920 die Heizkosten erschöpfend regelte. Diese Heizungskosten hat im wesentlichen der Mieter zu tragen. Ihre Höhe kann endgültig nach der Natur der Sache erst am Ende der Heizperiode berechnet werden. Deshalb findet die jeweilige Abrechnung am 1. April statt. Damit verlieren die Heizungskosten nicht den Charakter als Teil der Mietschuld. Sie werden nicht etwa bloß auf die Wintermieter verteilt, sondern über das ganze Jahr gleichmäßig (§ 3 Abs. 4 der Bek.) und es haben die Mieter während des ganzen Jahres Vorschüsse auf die Heizungskosten zu zahlen. Bei früherem Auszug, insbesondere vor Beginn der Heizung, hat der Mieter keinen Anspruch auf Rückzahlung. Danach sind die Heizungskosten ein veränderlicher Mietzuschlag, der für die warme Jahreszeit keine Gegenleistung des Vermieters voraussetzt."

Letzterer Ansicht ist nach Lage der Gesetzgebung nach meiner Ansicht unbedingt der Vorzug zu geben. Ich glaube auch, daß ein Zweifel in dieser Richtung gar nicht auftauchen würde, wenn die Heizungskosten zur Zeit nicht so hohe wären, daß die Unbilligkeit der Entscheidung zu sehr ins Auge fällt. Diese Kostenhöhe allein aber kann für die Rechtsfrage nicht maßgebend sein. Auszugehen ist davon, daß das Mietrecht unter fast völliger Vertragsfreiheit gestanden hat. Maßgebend ist also, was die Parteien vereinbart haben, und diese Vereinbarung kann nur insoweit nicht mehr gelten, als durch gültige zwingende Normen des Mieterschutzrechts etwas anderes vorgeschrieben ist. Man wird nun nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß jedenfalls für Groß-Berliner Verhältnisse so gut wie ausnahmslos die Mietverträge mit Sammelheizung nach den Formularen der Grundbesitzervereine abgeschlossen sind. Diese aber haben früher durchgängig die Kosten der Sammelheizung als einen Bestandteil des Mietzinses betrachtet und ihn mit der Miete in einheitlicher Summe ausgeworfen. Die Heizungskosten waren damit integrierender Bestandteil des Mietzinses und es konnte keinem Mieter, der am 1. Okt. als üblichem Ziehtermine auszog, einfallen, 7½% der Miete (§ 2 Abs. 1 der Bek. v. 14. April 1920) als ohne Gegenleistung gegeben zurückzufordern. Der Hauswirt hatte kraft Parteiwillkür ein Recht auf diesen, gar nicht besonders ausgeworfenen Betrag, auch wenn er nicht zu heizen brauchte. Das dürfte m. E. unstreitig sein. So blieb es auch während des Krieges bis zum Inkrafttreten der „VO. über Sammelheizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen in Mieträumen" v. 22. Juni 1919, obwohl bis dahin der Friedenskokspreis von 1,60 ℳ für den Zentner auf 8,20 ℳ gestiegen war. § 3 der VO. bestimmte nunmehr, daß die „Schiedsstelle" den „Mietpreis" entsprechend den gestiegenen Heizungskosten erhöhen dürfe und daß diese Erhöhung als vereinbart gelten solle (§ 8). Damit also verloren die Heizkosten nicht den Charakter als Teil des Mietzinses. Die Erhöhung der Kokspreise machte lediglich einen Rechnungsfaktor für die Erhöhung des Gesamtmietzinses aus. Hiergegen würde die Berufung auf § 4 der VO. nur einen Scheingegengrund abgeben. Dort ist der Schiedsstelle in Abs. 1 gestattet, aber nicht zur Pflicht gemacht, die reine Miete von den Heizungskosten durch besonderen Spruch zu trennen. Irgendwelche Bedeutung für die Folge der Zahlungspflicht hat diese Trennung nicht. Auch die rechnungsmäßig abgetrennten Heizkosten blieben ein Teil der Mietschuld und waren zu demselben Termine zahlbar wie die Miete selbst. Sie wurden auch nicht etwa zu Vorschüssen auf die Heizkosten; denn die Schiedsstelle folgte nur immer der Preiserhöhung und hatte nach der ständigen Praxis des KG. keine Befugnis, für die Vergangenheit mit rückwirkender Kraft etwa Erhöhungen auszusprechen. Der einmal festgesetzte Betrag blieb also endgültig bestehen, bis neue höhere Heizkosten neue Entscheidungen wieder für die Zukunft bedingten. Der Zweck der Trennung von Miete und Heizkosten lag allein darin, eine Möglichkeit zu schaffen, sofort nach § 4 Abs. 2 der VO. für die Zukunft eine leichter ausdrückbare Vorsorge zu treffen oder eine zukünftige Entscheidung nach § 7 Abs. 2 vorzubereiten und zu erleichtern. Die VO. v. 22. Juni 1922 ändert also an der Zahlungspflichtigkeit des Sommermieters nichts. Dies folgt übrigens auch daraus, daß die VO. ihre Anordnungen völlig übereinstimmend auch für Warmwasserversorgungen trifft, die auch im Sommer in Betrieb sind, wo also gar kein Unterschied zwischen Sommer- und Wintermietern gemacht werden kann. Schließlich ist rechtlich entscheidend, daß, wenn der Sommermieter entlastet werden sollte, die Trennung von Miete und Heizkosten hätte zwangsweise durchgeführt werden müssen und nicht in das Belieben der Schiedsstelle gestellt werden durfte. Unmöglich kann die eine reine Geschmackssache der Schiedsstelle bildende rechnungsmäßige Trennung zu einer anderweiten Beurteilung der Zahlungspflicht führen. Solche nichtgewollte Folgerung wäre durch nichts zu rechtfertigen.

Diese Regelung gilt noch heute für alle diejenigen langfristigen Mietverträge mit Sammelheizung, die vor dem 25. Juni 1919 geschlossen sind. Sie geht klar dahin, daß die Heizkosten, mögen sie mit der Miete in einheitlicher Summe ausgedrückt oder zahlenmäßig getrennt sein, einen Teil der Miete bilden, also auch dem Sommermieter zur Last fallen. Ich will schon hier darauf hinweisen, daß es außerordentlich bedenklich erscheint, ohne zwingendste Gründe für die wirtschaftlich völlig gleichliegenden Fälle späteren Vertragsschlusses die Frage anders zu entscheiden. Das ist aber auch nicht nötig.

Die VO. v. 22. Juni 1919 enthielt sich einer Regelung jener zukünftigen Vertragsfälle, weil sie annehmen konnte, daß die durch das beständige Steigen der Heizkosten gewitzigt gewordenen Vermieter von selbst in den Verträgen Vorsorge treffen würden. Das geschah denn auch vielfach in den sog. „Koksklauseln". Da dies nicht genügte und der Reichsgesetzgeber schwieg, griff die preuß. Höchstmietenanordnung v. 9. Dez. 1919 mit ihrem § 7 ein. Es soll hier nicht untersucht werden, ob § 5a der MSchVO. den preuß. Volkswohlfahrtsminister dazu ermächtigte; es kann aber zum mindesten mehr als zweifelhaft sein, ob es „dem Schutze der Mieter" dient und „dem besonders starken Mangel an Mieträumen" abhilft, wenn der Mieter erhöhte Heizkosten und auf diese Vorschüsse zahlen soll. Nur in diesem Rahmen aber darf die oberste Landesbehörde nach obigem § 5a eingreifen. Ich will dieser Frage aber nicht nachgehen, weil für den Zweck der vorliegenden Arbeit § 7 HöchstMAO. als gültig gelten kann. Er beschränkt sich zunächst selbst, wie schon oben gesagt, auf die nach dem 25. Juni 1919 geschlossenen oder verlängerten Mietverträge mit Sammelheizung (§ 7 Nr. 1). Für diese späteren Verträge schreibt er nunmehr die obligatorische Trennung der reinen Miete von den Heizkosten vor (Nr. 2, 3). Die letzteren hat der Mieter ganz oder größtenteils zu tragen (Nr. 9). Hierfür nun schreibt § 7 wieder zwei wahlweise Dinge vor. Entweder werden für das ganze Jahr im voraus die mutmaßlichen Heizkosten berechnet und unter Ausschluß späterer Nachprüfung „zusammen mit der Miete" „als Zuschläge zu den Mieten" kassiert (Nr. 8), oder die Heizkosten werden nachträglich berechnet und eingezogen und Vorschüsse darauf erhoben (Nr. 5—7). Ersterer Weg ist einfach aber ungenau, letzterer umständlich aber genau. Wie groß die Ungenauigkeit sein würde, war nicht zu übersehen, doch schlug man sie nicht erheblich an, weil nunmehr nach Kriegsende mit neuen einander schnell folgenden Preiserhöhungen für Heizmaterial nicht gerechnet wurde. Abgesehen also von dieser absichtlich in Kauf genommenen Ungenauigkeit des ersteren Weges waren beide gleichwertig, und die Gemeinden konnten zwischen beiden wählen. Sie verfolgten völlig dasselbe Ziel: die Heizkosten auf den Mieter abzuwälzen und dem Wirt den rechtzeitigen Einkauf zu ermöglichen. Es fehlt nun jeder Anlaß, rechtskonstruktiv beide Wege bezüglich der Zahlungspflicht des Mieters verschieden zu behandeln, oder irgendein Anhalt, daß der Minister solchen Unterschied im Sinne gehabt hätte. Beim ersten Weg bleiben die pauschalisierten Heizkosten ein Mietzuschlag, also trägt sie auch der Sommermieter. Bei letzterem Wege ist es nicht anders: hier wird nur die wahre Kostenhöhe erst nachträglich ermittelt und deshalb der Anteil vorläufig als „Vorschuß" erhoben. Ich vermag nicht einzusehen, weshalb dieser notgedrungene Vorschuß etwas anderes als der Mietzuschlag sein soll. Beides ist eine mietvertragsmäßige Leistung des Mieters; das eine Mal eine endgültige, das andere Mal eine der Berichtigung (d. h. der nachträglichen Erhöhung) unterliegende. Unmöglich kann also von der Zufallswahl der Gemeinde, welche Regelung sie vorzieht, die Entscheidung abhängen, ob der Sommermieter anteilig zu zahlen hat. Er hat es in beiden Fällen zu tun. Verfehlt wäre auch der Gedanke, daß der Minister einfach vergessen habe, eine Regelung für den Fall des Mieterwechsels im Laufe des Jahres zu geben und daß deshalb diese „Lücke" geschlossen werden müsse. Der Minister durfte nach dem Stande der Reichsgesetzgebung gar nicht hier eingreifen; denn § 5a MSchVO. ermächtigte ihn nicht, zugunsten eines einzelnen Mieters (des Sommermieters) einzugreifen, sondern nur, die Interessen von Vermieterschaft und Mieterschaft im allgemeinen abzuwägen. Die Belastung des Wintermieters gegenüber dem Sommermieter liegt völlig außerhalb des Rahmens der Mieterschutzgesetzgebung. Schließlich sei noch auf zwei Punkte hingewiesen: einmal daß auch hier der ganze § 7 HöchstMAO. gemeinsam für Sammelheizungen und Warmwasserversorgungen gilt und bei letzteren gar kein Unterschied zwischen Sommer- und Wintermietern gemacht werden kann, und weiter, daß § 7 überhaupt nicht sagt, wann endgültig abgerechnet werden soll, so daß eine Umlegung

der nach § 7 Nr. 5 „zu bestimmten Terminen“ vom Mieterausschuß durch Büchereinsicht „als entstanden ermittelten Kosten“ nach jeder Einsicht der Bücher zulässig wäre, also auch z. B. vierteljährlich und nicht bloß zum 1. April, auf den allein sich die Stadt Berlin festgelegt hat; das wird wieder besonders deutlich bei der das ganze Jahr laufenden Warmwasserversorgung.

Damit sind die reichs- und landesrechtlichen Vorschriften erschöpft. Falsch wäre es, die Anordnungen der Gemeinden heranzuziehen; denn da diesen nirgends eine Verordnungsbefugnis für die vorliegende Frage eingeräumt ist, so sind sie auch zu deren Entscheidung nicht befugt. Immerhin ist von Interesse, daß der Wohnungsverband Groß-Berlin in der Bek. v. 14. April 1920 § 3 Abs. 4 die Frage überhaupt angeschnitten hat. Er bestimmt:

> „Die Vorschüsse sind am 1. April auf die tatsächlichen Kosten zu verrechnen; bei früherem Wechsel der Wohnung werden die Kosten, über das ganze Jahr gleichmäßig verteilt, in mutmaßlicher Höhe in Ansatz gebracht. Vermieter und Mieter können vereinbaren, daß sie auf Verrechnung der Vorschüsse verzichten.“

Damit hat Berlin *grundsätzlich* den von mir dargelegten Standpunkt anerkannt, daß auch der Sommermieter *dauernd* mit Heizungskosten belastet bleibt, denn es wird der 1. April als festgelegter normaler Abrechnungstag für alle diejenigen Fälle aufgegeben, wo im Laufe des Heizjahres ein Mieterwechsel stattfindet. Hier soll mit dem ausscheidenden Mieter sofort bei seinem Auszug endgültig abgerechnet werden. Die Regelung ist eigenartig gewählt. Es sollen die Heizungskosten des ganzen Jahres „in mutmaßlicher Höhe“ in Ansatz gebracht werden. Scheidet also ein Mieter am 1. Okt. aus, so wird an Hand der bisherigen Kohlenkäufe und der Marktlage für die Zukunft, soweit sie sich überblicken läßt, berechnet, wieviel *voraussichtlich* wohl bis zum 1. April die gesamte Heizung des Hauses kosten wird. Davon wird der Anteil des Vermieters gekürzt und vom Rest der Teil berechnet, der nach der beheizten Fläche auf die fragliche Wohnung entfällt. Diese „Kosten“ werden nun „über das ganze Jahr gleichmäßig verteilt“, d. h. durch 365 geteilt und so der durchschnittliche Tagesbedarf ermittelt. Hiermit die Zahl der Wohntage ab 1. April multipliziert ergibt die „tatsächlichen Kosten“, die der ausscheidende Mieter zu tragen hat, wovon er also seine Vorschüsse kürzt und den Rest zuzahlen muß. Diese Regelung birgt einen unleugbaren großen Vorteil: den der endgültigen Abrechnung für den Tag des Auszugs. Praktisch ist die Sache aber sehr schwer, weil eine Einigung über die Höhe der „mutmaßlichen Kosten“ kaum je erreichbar ist. Da nun die endgültigen Kosten am 1. April im Streitfalle durch das MEA. festgesetzt werden (§ 7 Nr. 5 HöchstMAO.), so muß dasselbe für diese Hilfsabrechnung gelten. Es wird sich also ein hitziger Streit dort entspinnen. Daß die Parteien auf die Verrechnung überhaupt verzichten und es bei den Vorschüssen bewenden lassen, wird erst recht nicht eintreten, weil der Vermieter nicht darauf eingeht, der mit steigenden Kohlenpreisen rechnen muß. Ich will mich dahin zusammenfassen: Die Berliner Regelung enthält *den* richtigen Kern, daß der Sommermieter nicht bloß Vorschüsse, sondern auch endgültige Heizkosten seiner Wohnzeit entsprechend zahlen muß. Was aber darüber hinaus bestimmt ist, ist ein Versuch, den Gordischen Knoten zu lösen, doch mit untauglichen Mitteln, weil die Gemeinden zu solcher mutmaßlichen Abrechnung nirgends die gesetzliche Ermächtigung erhalten haben.

Ich komme also zu dem Ergebnis, daß derjenige Mieter, welcher jeweils am Quartalsersten die Räume innehat, vorschußpflichtig ist. Zieht er aus, so erhält er nichts zurück. An der für den 1. April zwischen Wirt und Mieterausschuß vorzunehmenden Abrechnung bleibt er beteiligt. Die Heizkosten der Wohnung für das Jahr werden auf die einzelnen Mieter dieser Wohnung umgelegt und mit ihren Vorschüssen verrechnet. Nach menschlichem Ermessen wird bei dieser Abrechnung der Mieter nichts herausbekommen, sondern zuzahlen müssen. Das aber ist eine unvermeidliche Folge der Vorschußwirtschaft. Für diejenigen seltenen Fälle, in denen mitten im Quartal ein Wohnungswechsel erfolgt, dürfte sich unschwer eine Einigung zwischen allen Beteiligten erzielen lassen, um zu vermeiden, daß der abziehende Mieter für dieses Quartal mehr Vorschuß zahlt, als später endgültig auf ihn entfallen werden. Auf einen Nachteil für den Hauswirt will ich schließlich noch hinweisen: für die zum 1. April bei der endgültigen Abrechnung auf den ausgezogenen Mieter entfallende Nachzahlung hat er keine Möglichkeit, sein Vermieterpfandrecht auszuüben. Das muß als unvermeidbar in Kauf genommen werden.

Ich will schließlich noch darauf hinweisen, daß die gegenteilige Ansicht, die den Sommermieter von endgültigen Kosten freistellt, zu vielen Zweifelsfragen führt. Zieht der Sommermieter vor Beginn der Heizung aus, so stände fest, daß er überhaupt nicht zahlungspflichtig werden kann. Hat er alsbald Anspruch auf Rückzahlung? Vom Wirt oder vom Mietnachfolger? Nach § 7 Nr. 7 HöchstMAO. ist der Vorschuß „bei Zahlung der Heizkosten“ zu „verrechnen“. Diese „Zahlung“ erfolgt aber erst nach dem 1. April. Eine Rechtsbeziehung zwischen Mieter und Nachfolger in der Wohnung besteht überhaupt nicht. Dies selbst dann nicht, wenn der Wirt selbst die Wohnung übernimmt. Hat sich also der Mieter auf Zahlung der Vorschüsse verklagen lassen, so ist er auch nach seinem Auszug noch zu ihrer Zahlung zu verurteilen. Sehr bedenklich wird schließlich die Lage, wenn von einem der Mieter, die sich im Jahreslaufe in die Wohnung geteilt haben, der Vorschuß oder die Nachzahlungssumme nicht beitreibbar ist. Letztere muß, wenn der Sommermieter freizustellen wäre, ganz besonders hoch sein, durchgängig den Betrag von zwei Quartalsvorschüssen noch übersteigen, wenn man die dauernde Erhöhung der Kohlenpreise berücksichtigt. Nichtzahlung oder starkverzögerte Zahlung der an sich schon kaum erschwinglichen Beträge wäre an der Tagesordnung. Soll da etwa der Vermieter trotzdem dem Sommermieter seine Vorschüsse erstatten müssen? Dann wäre der Wirt bald zahlungsunfähig. Oder soll der Sommermieter, dessen Vorschüsse „bei Zahlung der Heizkosten“ zu verrechnen sind, etwa warten müssen, bis der Wintermieter zahlt, und kontrollieren müssen und dürfen, ob auch der Vermieter alle erdenkbaren Vollstreckungsmaßregeln (auf seine Kosten!) anwendet, um das Geld beizutreiben? Oder soll sich schließlich der Sommermieter damit abfinden müssen, daß ihm der Wirt seinen Anspruch gegen den Wintermieter abtritt, den mitauszusuchen und seine Zahlungsfähigkeit zu prüfen der Sommermieter keine Möglichkeit hatte?

Alle diese Fragen scheiden aus, sobald man den Sommermieter ebenfalls für zahlungspflichtig erachtet. Nur dann wird wirklich der Vorschuß bei Zahlung der Heizkosten „verrechnet“. Diese Verrechnung setzt Identität des Vorschußschuldners und des endgültigen Schuldners voraus und ist deshalb ein Beleg mehr für meine Auffassung.

LGR. O. *Krieg*, Berlin.

Ist versuchte Hinterziehung der Grunderwerbsteuer strafbar?

Die für die Praxis bedeutsame Frage wird von *Jadesohn* in den „Zeitgemäßen Steuerfragen“ 1922, 29 mit ausführlicher Begründung bejaht. Die Darlegung *Jadesohns* erscheint nicht zwingend.

Auszugehen ist bei der Frage von § 31 GrErwStG. und § 360 RAO. § 31 GrErwStG. bestraft lediglich die Hinterziehung der Steuer, während § 360 RAO. den Versuch, wie die vollendete Tat für strafbar erklärt. Gilt nun § 360 RAO. für das *vor* Inkrafttreten der RAO. verkündete GrErwStG.?

Die erste Zweifelsfrage in dieser Hinsicht ergibt sich bei Gegenüberstellung von § 1 Abs. 3 und § 451 RAO. Ersterer bestimmt, daß die RAO. *nicht* gilt, soweit in den einzelnen Steuergesetzen etwas Abweichendes vorgeschrieben ist, letzterer dagegen, daß die vor Inkrafttreten der RAO. verkündeten Steuergesetze insoweit *außer Kraft* treten, als sie mit der RAO. nicht in Einklang stehen. Mit anderen Worten: § 1 Abs. 3 RAO. besagt, daß die abweichenden Bestimmungen *anderer Steuergesetze* vorgehen, § 451 umgekehrt, daß die RAO. gegenüber den früher verkündeten Steuergesetzen vorgeht. Löst man diesen Widerspruch, der zunächst vorhanden zu sein scheint, dahin, daß § 451 RAO. für alle vor Inkrafttreten der RAO. verkündeten Steuergesetze als die speziellere Vorschrift die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 3 RAO. ausschließt, so gelangt man an sich zu dem Ergebnis, daß die Vorschriften der RAO. auch für das GrErwStG. gelten, abgesehen allerdings von den in §§ 453, 454 RAO. enthaltenen Ausnahmen, auf die § 451 ausdrücklich verweist.

Die eigentliche Streitfrage ist nun die, ob § 453 RAO. die materiellen Strafvorschriften des GrErwStG. von dem durch § 451 ausgesprochenen Grundsatz, daß die RAO. für frühere Steuergesetze vorgeht, ausschließt. Der Wortlaut des § 453 läßt nämlich nicht mit voller Deutlichkeit erkennen, ob die materiellen Strafvorschriften *aller* früheren Steuergesetze fortgelten sollen (so *Buck-Lucas*, Vorbem. zu § 453), oder ob, wie *Jadesohn* meint, nur die Strafvorschriften der in § 452 Abs. 1 unter Nr. 1—3 ausdrücklich genannten Gesetze, zu denen das GrErwStG. *nicht* gehört, aufrechterhalten sind.

Jadesohn begründet seine Ansicht in doppelter Weise; einmal damit, daß gesetzestechnisch, wenn eine Ausnahme hinsichtlich der Strafvorschriften *aller* früheren Gesetze gewollt wäre, dies als eine allgemeine Ausnahme in § 451 hätte zum Ausdruck gebracht werden müssen, ferner aber damit, daß kein innerer Grund bestanden hätte, die materiellen Strafvorschriften des GrErwStG. aufrechtzuerhalten, da dieses Gesetz im Gegensatz zu den in § 452 Abs. 1 Ziff. 1—3 genannten Gesetzen bereits auf die kurz danach in Kraft getretene RAO. abgestimmt worden sei.

Beides scheint nicht überzeugend. Einmal verweist ja § 451 RAO. bereits auf die Ausnahmen des § 453, *enthält* also diese Ausnahmen, wenn auch durch Verweisung. Im übrigen sind auch nicht alle Steuergesetze gesetzestechnisch bis ins kleinste sorgfältig abgesetzt. Weiter aber ist ein innerer Grund, die materiellen Strafvorschriften des GrErwStG. aufrechtzuerhalten, sehr wohl vorhanden. Es ist dies nämlich der gleiche, den *Jadesohn* hinsichtlich der Fortgeltung der Strafvorschriften der in § 452 Abs. 1 Ziff. 1—3 genannten Gesetze anführt. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollen die früheren Gesetze in ihrem etwa abweichenden strafrechtlichen Wortlaut weiter gelten; die im Einzelfalle schwierige

Prüfung, ob eine bestimmte Strafvorschrift aufrechterhalten oder geändert ist, soll dem Strafrichter entzogen werden (so Buck-Lucas, RAO. Abs. 1 zu § 453). Dies trifft aber genau so für das GrErwStG. zu, wie für die in § 452 Abs. 1 Ziff. 1—3 genannten Gesetze. Auch unter letzteren sind solche, die kurz vor Inkrafttreten der RAO. erst verkündet und somit zum Teil auf die RAO. schon abgestimmt sind.

Weiter ist aber auch eine eigentliche Abstimmung des GrErw.-StG. nur auf den ersten Teil der RAO., nicht aber auf deren übrige Teile erfolgt, weil letztere bei Verkündung des GrErwStG. in ihrem Wortlaut noch gar nicht feststanden (vgl. Boethke-Bergschmidt, GrErwStG., Einl. S. 14).

Daß gerade die materiellen Strafvorschriften des GrErwStG. noch nicht auf die RAO. abgestimmt sind, ergibt im übrigen die hier geschehene Gegenüberstellung zwischen § 31 GrErwStG und § 360 RAO.

Ein die Aufrechterhaltung der Strafvorschriften des GrErw.-StG. rechtfertigender Grund ist also sehr wohl vorhanden. Die oben gestellte Frage ist daher m. E. zu verneinen.

Die gegenteilige Auffassung ist m. E. zum mindesten schon deshalb nicht berechtigt, weil gerade ein Strafgesetz, soll eine Bestrafung darauf gegründet werden, völlig klar und zweifelsfrei gehalten sein muß. An einer solchen Klarheit und Bestimmtheit fehlt es aber hinsichtlich der hier behandelten Frage.

Bemerkt sei schließlich noch, daß die in dem Erlasse des RFM. v. 12. Febr. 1920 unter II zu §§ 355 ff. RAO. in bezug auf die Strafvorschriften enthaltene Angabe, die RAO. gelte auch für das GrErwStG., den Richter nicht bindet, da für den Richter lediglich das Gesetz maßgebend sein kann.

RA. Dr. Alfred Kurz, Görlitz.

Eisern Vieh stirbt nie.

Der Unterschied zwischen der Besatzpacht nach § 586 und der Besatzpacht nach §§ 587 ff. wird nicht dadurch gekennzeichnet, daß das erste „eisern" genannt wird und das zweite nicht, sondern umgekehrt. Richter in JW. 1922, 434 ff. geht so weit, das Inventar im ersten Fall als „rein eisern" zu bezeichnen. Nun ist das in der Hauptsache ja ein Streit um Worte und über persönliche sprachliche Liebhabereien andere zu belehren, schmeckt Dritten leicht nach Schulmeisterei. Hier aber hat bei näherem Zusehen der sprachliche Ausdruck doch größere Bedeutung, weil hinter ihm sich etwas Sachliches versteckt, was Richter nicht gesehen hat. Es wird gern, auch von Landleuten, heute angenommen, daß eisern das Inventar sei, weil es vom Hofe nicht getrennt werden soll. Ich halte dies nicht für die Hauptsache. Das in die Überschrift gesetzte Sprichwort weist darauf nicht hin und gibt doch den wahren Grund an. Warum stirbt eisern Vieh nie? Weil ohne Rücksicht auf Sterben und Verkommen der Geber den Anspruch hat, daß ihm tantundem eiusdem generis et qualitatis zurückgegeben werde. Wäre dem Verpächter nicht das Eigentum vorbehalten geblieben, so hätte man auf Darlehn geraten können, oder auf Pacht mit Darlehn gemischt. Aber das Pachtverhältnis überwog zu sehr, abgesehen von der Unvertretbarkeit der Besatzstücke, als daß man es aufgeben mochte, und zog dementsprechend alles in seinen juristischen Bannkreis. In dem Worte eisern steckt also die Gefahrtragung des Übernehmers drin. Der Verpächter wußte, daß mit dem Besatz vorkommen konnte, was da wollte, er bekam im wirtschaftlichen Wert wieder, was er gegeben hatte, als ob es nie gestorben oder verdorben wäre, als ob es eisern wäre, d. h. als ob es alle Zwischen- und Zufälle überdauert hätte. Richter versteht daher das Wort eisern falsch, wenn er es in seiner Weise anwendet, und verfehlt das eigentliche und alleinige Anwendungsgebiet. Dies ergibt sich aus den folgenden Nebenwirkungen der eisernen Natur des Besatzes im Gegensatz zu § 586. Man denke sich § 586 in Funktion. Dann kann es doch gar nicht anders sein, als daß der Pächter den Verpächter jederzeit von den eingetretenen Veränderungen unterrichtet oder der Verpächter sich durch dauernde Oberaufsicht selber darüber unterrichtet, wie der Stand des Inventars sei. Denn das ist ganz gewiß, wenn der empfindliche bewegliche Besatz vom Verpächter gemäß § 586 II in Vollständigkeit gehalten werden muß, dann muß der Verpächter während der Dauer der Pachtzeit mindestens gelegentlich, wenn nicht in regelmäßiger Wiederkehr, sich über den Stand des Besatzes vergewissern und sich auch darüber auf dem laufenden zu halten suchen, ob nicht der Pächter unredlicherweise aus Tatbeständen des Verschuldens Tatbestände des Zufalls zu machen versucht. Also wird eine mehr oder weniger weit aufdringliche oder unaufdringliche Oberaufsicht des Verpächters, nach der er um seinetwillen streben muß, die bei langjährigen Verträgen schlechthin unentbehrlich ist, die Folge sein. Gerade dies ist aber bei dem eisernen Besatz nicht gewollt, auch nicht nötig. Verpächter ist durch seinen dinglichen Anspruch verbunden mit allgemeinem Ersatzanspruch auch wegen zufälligen Unterganges gesichert, jedenfalls erheblich gesicherter als nach § 586. Es kann gar nicht vorkommen, daß der Pächter ihm entgegenhält, ein wertvolles Stück Vieh sei durch Zufall untergegangen. Das spielt keine Rolle und kann daher den Verpächter auch nicht zu einer, wenn auch noch so versteckten Oberaufsicht, veranlassen. Der Pächter erlangt eine erhebliche größere Bewegungsfreiheit, „Herr im Hause", dadurch, daß er die Zufallshaftung übernimmt, er gewinnt größere Selbständigkeit, ein Imponderabile, worauf jeder, der sich in die Seele des Pächters hineindenkt, den größten Wert legen wird. Man braucht sich nur vorzustellen, wie dem Pächter zumute sein muß, wenn der Verpächter in Wahrnehmung seiner durchaus berechtigten Interessen dauernd sorgfältig Umschau hält, was aus dem Besatz in den Händen des Pächters wird. Der Pächter kann ja nie zu dem Gefühl kommen, sein eigener Herr zu sein. Werden die Besatzpachten allgemein auf das Verfahren nach § 586 zurückgedrängt, dann wird die Folge sein, daß der Verpächter sich entsprechende Nachschau- und Aufsichtsrechte ausbedingen wird, weil er sie sich ausbedingen muß.

Hieraus ergibt sich ohne weiteres, zwangsläufig, der juristische Entgeltsvorteil des Pächters für die Übernahme der Gefahr, und es ist ein Irrtum Richters, wenn er meint, daß die Gefahrtragung ohne jedes Entgelt dastehe. Es ist mit der steten Berufung auf die praktische Erfahrung doch so eine eigene Sache, man muß zunächst erst einmal die praktische Funktion der Rechtssätze in bezug auf die Erscheinungen prüfen, die durch den betreffenden Rechtssatz unterdrückt werden, also nicht in Funktion treten. Der Vorteil des Pächters besteht unter allen Umständen darin, daß mangels Anreiz und Anlaß auch kein Revisionsrecht des Verpächters oder doch höchstens in einem viel geringeren Umfange ausbedungen wird. Richter selbst sollte erst einige Male nach § 586 verpachtet haben, er würde dann sehr rasch aus der Praxis lernen, daß es ohne eine öftere Nachschau des Verpächters mit der Verpachtung nach § 586 seine sehr großen Bedenken hat.

Wer sich hiervon befreien will, muß auch ein entsprechendes Opfer dafür bringen oder das Bedürfnis nach der Nachschau gegenstandslos machen.

Richters Hinweis auf die Zeiten des Überganges zur Goldwährung stimmt deshalb nicht, weil damals nicht annähernd solche Ausmaße der Wertbewegung stattgefunden haben, wie heute, weil sie ferner sich langsam über ein mehrfaches des heute in Betracht kommenden Zeitraums erstreckt haben. Bildlich: Die Wellen waren länger und niedriger, heute ist die Welle kürzer und höher. Trotzdem kann hier und da einmal eine unerträgliche Härte die Folge gewesen sein. Sollte die Praxis ihr nicht gewachsen gewesen sein, so wäre das eben bedauerlich, aber auch ein Mißgriff gewesen.

Die Ausführungen über die Abschätzung in Geld gehen ebenso wie das Kammergerichtsurteil in Sachen W. gegen v. K. an dem entscheidenden Punkte vorbei. Ganz zweifellos sind im Rechtssinne 100 Papiermark kraft Befehl des souveränen Staates gleich früher 100 Goldmark, trotzdem bleibt aber die Frage oder vielmehr gerade deswegen taucht die Frage auf, ob innerhalb eines gegenseitigen Vertrages eine Partei sich diese Gleichstellung gefallen lassen muß. Wenn irgendwo, so ist hier der Platz durch Berufung auf die beiderseitigen Pflichten das Wirtschaftliche nicht durch das Formal-Juristische totzuschlagen. Die juristische Welt ist seit Jahren erfüllt von dem Ruf, man solle endlich Ernst machen damit, daß nicht die formale Juristerei die wirtschaftlichen Wirklichkeiten weiter für nichts achtete. Hier ist das hic Rhodus, hic salta.

Es muß auch ferner Verwahrung dagegen eingelegt werden, daß die Verpächter durch Benutzung der clausula rebus sic stantibus die Wertsteigerung auf ihre eigene Person verschieben wollten oder gar könnten. Das hängt mit der Verwechslung von Preissteigerung und Wertsteigerung zusammen, gegen die ich mich schon von Anfang an erklärt habe. Die clausula rebus sic stantibus richtig verstanden kann einer Partei gar nicht Wertsteigerungen zuschanzen, sondern kann sie nur vor Preissteigerungen wahren, vgl. JW. 1921, 1447 f. Das zu betonen, ist deshalb so wichtig, weil die clausula rebus sic stantibus gefährdet wird, wenn man ihr größere Tragweite beilegt, als sie haben soll und darf.

Richter selber scheidet einmal an anderer Stelle zwischen effektivem und fiktivem Vorteil. Dies gilt auch zugunsten des Verpächters.

Damit erledigt sich auch der allgemeine Hinweis Richters darauf, daß der Pächter die Neuanschaffungen habe zu Papierpreisen machen müssen. Es sei davon abgesehen, daß der Pächter gerade in Papiermark ungemeine Summen vereinnahmt, dagegen nur höchst geringe Summen in Papiermark als Pacht gezahlt hat — auf diesen Punkt geht Richter vorsichtigerweise überhaupt nicht ein —, es ist unabhängig davon zu berücksichtigen, daß überall, wo wirkliche Härten durch die unbedingte Zufallshaftung entstehen, sie nach meiner Ausführung durch die clausula rebus sic stantibus zugunsten des Pächters gemildert werden. Das habe ich in meinem Gutachten deutlich ausgesprochen. Richter schweigt auch hierüber.

Richter bestreitet, daß die Auszahlung der Schätzungssumme zu Beginn der Pacht als Kaution funktioniere und beruft sich darauf, daß in den Verträgen von den Pachtsicherheiten besonders gesprochen werde. Das beweist natürlich nichts, denn die Inventarpacht ist neben der Grundstückspacht doch derart bedeutungsvoll, hat so viel eigenartige Sonderwirkungen, die sich nicht ohne weiteres aus dem übrigen Pachtvertrag ergeben, daß hier eine Sonderregelung

sich ganz von selber einstellt, oft sogar zwei äußerlich verschiedene Verträge geschlossen werden. Es wird eben im Pachtvertrage zweimal von der Pachtsicherheit gesprochen, einmal im allgemeinen und ferner im besonderen bei der Besatzpacht. Das ist doch nicht merkwürdig. Im Gegenteil, es wäre wunderbar, wenn es anders wäre. Ferner aber was bedeutet denn die Auszahlung der Schätzungssumme, wenn sie keine Sicherheitsfunktion hat? Hierüber schweigt sich Richter ebenfalls aus. Es sollte auch schwer werden eine andere Antwort zu finden als die von mir gegebene. Richter verirrt sich mit seinen Gegenfragen. Gewiß hat der Pächter in Goldmark gezahlt, dies Gold ist aber dem Verpächter durch den Staat entzogen worden, also ist die Goldsicherheit hin, also ist die Sicherheit entwertet, also kommt § 240 in Betracht. Also müßte der Pächter zweifelsfrei in Papiermark nachfüllen, da die Sicherheit auf Papiermark ohne Verschulden des Verpächters zusammengeschrumpft ist. Dieser Folgerung kann man doch gar nicht entgehen. Der Pächter erhält seine Papiermark ja wieder. Ferner fragt Richter: Soll dem Pächter die damals in Goldmark gezahlte Summe nur in Papiermark zurückgezahlt werden? Gewiß, der Pächter kommt insofern sogar noch gut davon, weil der Verpächter von seiner Forderung auf Nachleistung gemäß § 240 keinen Gebrauch gemacht hat. Wer Sicherheit leisten soll, muß es ordentlich tun, sonst liegt keine Sicherheit vor. Wenn dem Pächter das unerträglich wird, kann er geltend machen, unter diesen Umständen wolle er lieber von dem Vertrage abstehen, clausula rebus sic stantibus. Aber noch kein Pächter hat derartiges gesagt, im Gegenteil, die Pächter haben keinen größeren Wunsch als in der Pacht zu bleiben und am Ende wieder einen neuen Pachtvertrag abzuschließen. Also kann es ihnen doch nicht schlecht gehen.

Ich benutze diese Gelegenheit zu einer Richtigstellung. In dem Buch: Das landwirtschaftliche Inventar, herausgegeben von Dr. Richter, erheben Görg und v. Blume gegen mich Vorwürfe, als ob ich für die meinem Gutachten angehängten statistischen Nachweise verantwortlich sei. Beide Herren hätten genauer lesen sollen. Mein Gutachten schließt, wie deutlich zu sehen auf S. 40 unten, mit meiner Namensunterschrift, alles andere stammt nicht von mir, ist von landwirtschaftlicher Seite eingefügt, wurde mir erst nach Abschluß des Druckes bekannt. Die beiden Herrn wollen bitte S. 41 oben die Worte: „Von anderer Seite eingesandte Darstellungen unter Zugrundelegung praktischer Fälle“, genau, vor allem sehr viel genauer lesen, als sie sie gelesen haben. Auch das Vorwort des Verlages gehört dazu. Görgs starke Worte mir gegenüber sind also so unangebracht wie möglich. Es handelt sich nicht darum, daß Jurist gegen Landmann, oder Theoretiker gegen Praktiker steht, sondern es stehen Landwirt gegen Landwirt. Der Herr Oberamtmann mag also einmal in einer ruhigeren Stunde sich überlegen, wie er sich mit seinen übereilten Worten stärksten Kalibers vergriffen hat. Er hatte wohl im Augenblick vergessen, daß er nicht auf seinem Hofe stand.

Zur weiteren Aufklärung bemerke ich noch: Ich war gebeten, auf die im Anhang behandelten Fragen einzugehen, lehnte es ab und beschränkte mich auf den zweiten Absatz S. 5. Nicht als ob ich das Material nicht für durchschlagend hielte, sondern weil ich der Meinung war, es sei schon so ausreichend verwertet, daß Wiederholung überflüssig, ja vielleicht schädlich sei. Sachlich stimme ich den im Anhang zu meinem Gutachten gegebenen Darlegungen durchaus zu. Hieran können mich auch die starken Worte Görgs nicht irremachen.

Geh. JR. Prof. Dr. Krückmann, Münster i. W.

Haftung für Hilfspersonen oder aus dem Vertrage zu Lasten eines Dritten.

Zugleich ein Beitrag zu RG. 101, 152 (Urt. v. 21. Dez. 1920, VII 315/20) und zur Auslegung des § 278 BGB.

Obwohl der § 278 BGB. seit über zwei Jahrzehnten in der Praxis allgemein zur Anwendung kommt, besteht über den ihm zugrunde liegenden Rechtsgedanken und über sein Anwendungsgebiet noch längst keine Klarheit. Dies beweist wiederum eine neuere Entscheidung RG. 101, 152, welche im Gegensatz zu früheren Entscheidungen (RG. 62, 331; 99, 56) den Spediteur für einen Erfüllungsgehilfen des Schuldners erklärt. Es handelt sich um folgenden Tatbestand: Bei einem Werkvertrage hatte der Gläubiger (Besteller) dem Schuldner (Unternehmer) eine Anzahl Tücher zum Färben eingesandt. Der Schuldner, ein Tuchhändler, welcher dem Gläubiger schon oft Stoffe geliefert hatte, sandte die Tücher an eine Färberei, welche auch die eigenen Tücher des Schuldners zu färben pflegte. Zur Versendung an den Färber bediente er sich eines Spediteurs. Auf dem Güterboden dieses Spediteurs wurde ein Teil der Tücher gestohlen. Ob den Schuldner hierbei irgendein Verschulden traf, ließ sich nicht feststellen. Das RG. bejahte grundsätzlich die Haftung des Schuldners für die gestohlenen Tücher und begründete dies damit, daß nach § 644 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit §§ 280, 282 BGB. der Schuldner nachweisen mußte, daß weder ihn noch den Spediteur ein Verschulden an dem betreffenden Diebstahl traf. Im übrigen erklärte das RG. den Spediteur für eine Hilfsperson i. S. des § 278 BGB. aus folgenden Erwägungen: Zu den Vertragspflichten des Schuldners habe auch die Übersendung der Tücher an den Färber gehört, und bei der Erfüllung dieser Vertragspflicht sei der Spediteur eine Hilfsperson des Schuldners gewesen. Durch den Spediteur sollten dem Schuldner nicht etwa nur die Mittel und die Möglichkeit verschafft werden, das Übermittlungsgeschäft auszuführen, wie etwa der Lieferant eines Verkäufers diesem die Ware verschaffe, zu deren Lieferung sich letzterer an seinen Käufer verpflichtet habe oder wie der Arzt jemanden ein ärztliches Zeugnis ausstelle, zu dessen Vorlage dieser einem anderen verpflichtet sei. Im letztgenannten Falle erfülle der Lieferer und der Arzt eine eigene Verbindlichkeit, die ihnen vertraglich gegenüber dem Käufer oder Dienstberechtigten obliegen, nicht aber eine Vertragspflicht, die diesen beiden Personen als Schuldnern gegenüber ihren Gläubigern obliegen. Hier aber habe der Spediteur gerade das Erfüllungsgeschäft an Stelle des Schuldners auszuführen, das ihm dem Gläubiger gegenüber vertraglich obliege und das er eigentlich selbst vorzunehmen habe. Bediene sich der Schuldner hierzu einer anderen Person, eben des Spediteurs, so sei dieser Erfüllungsdiener i. S. des § 278 BGB.

Wenn das RG. in früheren Entscheidungen (RG. 62, 331; 99, 56) ausgesprochen habe, daß der Spediteur nicht Erfüllungsdiener sei, so habe es sich hier nur um den Übersendungsauftrag des Verkäufers an den Spediteur gemäß § 447 BGB. gehandelt. Beim Versendungskauf habe der Verkäufer regelmäßig seiner Vertragspflicht (der Warenübereignung) genügt, wenn er an seinem Wohn- oder Niederlassungsort als dem Erfüllungsort die Ware dem Spediteur zwecks Übermittelung an den Käufer übergeben habe. Die Übermittelung selbst gehe auf Rechnung und Gefahr des Käufers, gehöre nicht mehr zu den Vertragspflichten des Verkäufers. Im Regelfalle des § 447 BGB. sei der Spediteur anders als hier nicht Erfüllungsdiener des Verkäufers. Im vorliegenden Falle komme der Spediteur aber auch nicht als Substitut in Frage, der an Stelle des Schuldners in den Werkvertrag eingetreten sei. Bei der weiten Fassung des § 278 BGB. sei endlich auch die im Schrifttum vereinzelt vertretene Ansicht abzulehnen, ein selbständiger Unternehmer komme nicht als Erfüllungsdiener in Betracht, sondern nur eine solche Person, die zu dem Schuldner in einem vertraglichen oder sonstigen Abhängigkeitsverhältnisse stehe.

Die Begründung dieser zutreffenden Entscheidung ist zum größten Teile verfehlt. Indem der Spediteur bald zum Erfüllungsdiener des Schuldners gestempelt wird, bald nicht, wird eine unübersichtliche Kasuistik getrieben, aus der sich die Praxis bald nicht mehr herausfinden wird. Daß der Spediteur kein Substitut ist, ist selbstverständlich. Im Gegensatz zu dieser Entscheidung wird in einem älteren Urteil festgestellt, daß der Schuldner bei Beförderungs- und anderen Werkverträgen nicht für eine hinzugezogene selbständige Transportperson aus § 278 BGB. haftet. So führt RG. 78, 380 mit Recht aus, ein Bote oder ein Frachtführer, der mit den von ihm zu befördernden Sachen auf der Eisenbahn oder Post fährt, braucht nicht für einen Schaden oder Verlust aus § 278 BGB. aufzukommen, der durch Schuld der Eisenbahn- oder Postbeamten während der Fahrt entsteht. Dieselbe Entscheidung stellt fest, daß beim Binnenschiffs-Frachtvertrag der Kahneigner dem Befrachter gegenüber nicht für das Verschulden der Besatzung des Schleppdampfers aufzukommen hat, unter dessen Führung der Kahn nebst dem Frachtgut getreten ist (ebenso RG. 91, 243 ff.). Mit derselben Begründung wie in RG. 101, 153 der Spediteur kann in diesen älteren Entscheidungen die Eisenbahn, die Post oder der Eigentümer des Schleppdampfers zum Erfüllungsdiener gestempelt werden.

Tatsächlich durfte im vorliegenden Falle der § 278 BGB. gar nicht zur Anwendung kommen, sondern es lag die Haftung aus dem Vertrage zu Lasten eines Dritten vor, einem fast ganz vergessenen, aber doch noch vorhandenen und notwendigen Rechtsgebilde. Bevor dies im einzelnen für vorliegenden Fall nachgewiesen wird, sei noch ein Hinblick auf dieses Rechtsinstitut überhaupt gegeben.

§ 348 Abs. 2 des ersten Entwurfes zum BGB. bestimmte: „Ein Vertrag über die Handlung eines Dritten verpflichtet im Zweifel den Versprechenden für den Erfolg seines Versprechens einzustehen.“ Diese Bestimmung wurde als entbehrlich gestrichen, weil man annahm, vermöge der das BGB. beherrschenden Vertragsfreiheit seien derartige Verträge ohne weiteres möglich und gültig. Das neue schweizerische Zivilrecht war hier, wie auch in vielen anderen Fällen, vorsichtiger und klarer als das BGB. Art. 111 des Obligationenrechts von 1911 bestimmt: „Wer einem anderen die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn sie nicht erfolgt, zum Ersatze des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet.“ Für die reichsdeutsche Praxis ging dieses Rechtsgebilde fast völlig verloren, obwohl die Kommentare das Institut behandeln (so Rehbein BGB. II. Bd. 1903 S. 157; Staudinger, 7./8. Aufl. Vorbem. V vor § 328; Oertmann, 3.—4. Aufl. § 305 Anm. 1, Vorbem. 6 vor § 328).

Vermöge der das BGB. beherrschenden Vertragsfreiheit sind derartige Verträge auch heute noch möglich, soweit sie nicht wie alle anderen Verträge gegen ein gesetzliches Verbot, gegen die guten Sitten verstoßen oder endlich, weil sie logisch oder wirtschaftlich unmöglich (unerschwinglich) sind. Die Verträge kommen in zwei Arten vor. Eine mildere Art, bei der der Versprechende sich bemüht, nur nach seinen Kräften für das Handeln des Dritten einzustehen. Dies war besonders der Standpunkt der Pandekten und des ALR. (vgl.

Oertmann und Rehbein a. a. O.). Leistet der Dritte gleichwohl nicht, so braucht der Versprechende nur nachzuweisen, daß er sich sorgfältig bemüht habe, ihn zu der Handlung zu bewegen, und ist von einer weiteren Haftung frei (so RG. 33, 263 für ALR.). Möglich ist aber auch die strengere Ansicht, daß der Versprechende schlechthin für den Erfolg seiner Bemühungen einsteht und die Leistung des Dritten herbeiführen muß, falls er sich nicht schadensersatzpflichtig machen will. Diesen Fall behandelt für das BGB. die Reichsgerichtsentscheidung v. 30. Okt. 1906 SeuffA. 62, 50—52. Hier hatte der versprechende Schuldner im Auftrage der Regierung von Siam bei dem Gläubiger nach vorgelegtem Muster 600 Helmbezüge bestellt. Auf den Wappenschildern der Helme sollten Schriftzeichen angebracht werden, die den Namenszug des Königs von Siam darstellten. Der Schuldner hatte versprochen, das Muster dieser Schriftzeichen, welche verlorengegangen waren, nochmals zu besorgen. Er konnte sein Versprechen nicht erfüllen, weil die Regierung von Siam den Namenszug des Königs nicht zum zweiten Male besorgen wollte. Er wurde gleichwohl zur Abnahme der Helme und zur Zahlung des Werklohnes abzüglich der nicht entstandenen Kosten für Anbringung der Schriftzeichen verurteilt, weil das RG. mit Recht annahm, der Besteller habe sich bei Erteilung des Auftrages unbedingt verpflichtet, die Namenszüge des Königs zu beschaffen und hafte dem Unternehmer, als dieser Erfolg trotz seiner Bemühungen nicht eintrat. Auch hier konnte eine rein formelle Auslegung in der Regierung oder dem König von Siam eine Hilfsperson aus § 278 BGB. erblicken, wie dies anscheinend von den Vorinstanzen angenommen wurde. In der Tat kommt diese Verwechslung weit häufiger vor, als man annehmen sollte. So meint z. B. Enneccerus (Bürgerl. Recht I 2 1912, § 267 S. 120 ff.), ein Kunsthändler, der sich verpflichtet hat, die Wand eines Speisesaales durch einen berühmten Maler mit einer Alpenlandschaft bemalen zu lassen, hafte aus § 278 BGB. für die sorgfältige Ausführung des Gemäldes. In RG. 96, 13 und RG. JW. 1921, 891 stellt das RG. fest, daß bei unmittelbarer Übersendung der Ware an den Abnehmer des Käufers dieser etwaige Mangel der Ware nach § 377 HGB. erst dann zu rügen braucht, wenn er die entsprechende Anzeige von seinem Abnehmer — mag dieser Kaufmann sein oder nicht — erhalten hat. Der Käufer verliert aber die ihm zustehenden Rechte, wenn sein Abnehmer ihm selbst den Mangel nicht unverzüglich anzeigt. Er trägt also die Gefahr der rechtzeitigen Anzeige durch seine Abnehmer. Mit Bezug auf diese beiden Entscheidungen meint Endemann in der Anm. zu JW. 1921, 891, der Abnehmer sei Empfangs- und Erfüllungsgehilfe des Käufers; ihm falle seine Säumnis gemäß § 278 BGB. zur Last. Nach RG. JW. 1921, 1312 muß der Käufer, welcher gegen ein Akkreditiv die Ware gekauft hat, nicht allein für die rechtzeitige Bestellung dieses Akkreditivs sorgen, sondern er muß auch dafür einstehen, daß die Bank dem Verkäufer unverzüglich die Stellung des Akkreditivs anzeigt, es „bestätigt". Nach RG. a. a. O. hat der Käufer die verspätete Anzeige in jedem Falle zu vertreten, insbesondere gemäß § 278 BGB. auch dann, wenn er die Bank mit der sofortigen Anzeige beauftragt hatte und diese das versäumt hatte. In allen diesen Fällen ist natürlich die Anwendung des § 278 BGB. abwegig und nur die Konstruktion des Vertrages zu Lasten eines Dritten einzig passend.

Je nach Lage des Falles kann auch nach BGB. die mildere Auffassung vorliegen, nach welcher der Versprechende sich nur ordnungsgemäß um die Leistung durch den Dritten zu bemühen braucht. Ja es kann sogar das Versprechen, unbedingt für den Erfolg einzustehen, gegen die guten Sitten verstoßen und darum nichtig sein. Diesen Fall behandelt OLG. Posen (Urteil v. 31. Okt. 1907 SeuffA. 62, 408). Ein Ehemann kann sich bei allgemeiner Gütergemeinschaft nicht gegen Zahlung einer Vertragstrafe dazu verpflichten, daß die Ehefrau einen von ihm geschlossenen Grundstücksverkauf auch ihrerseits genehmigt. Eine derartige Verpflichtung verstößt gegen die guten Sitten und ist deshalb nichtig. Wie genannte Entscheidung ausführt, bedarf nach § 1445 BGB. der Ehemann der Einwilligung seiner Frau, wenn er sich zur Übereignung eines Grundstückes verpflichten will. Diese Vorschrift bezweckt, die Frau gegenüber übereilten und unwirtschaftlichen Verwaltungshandlungen des Mannes zu schützen, darum soll die Wirksamkeit solcher Verpflichtungen von dem freien Willen der Frau abhängen. Wäre die eingegangene Verpflichtung und das Strafversprechen des Mannes rechtlich wirksam, so würde die freie Entscheidung der Ehefrau beeinträchtigt und nach § 1459 BGB. das Gesamtgut um einen Betrag in Höhe der Vertragsstrafe vermindert werden. Unter diesen Umständen würde das Versprechen des Mannes, unbedingt für die Einwilligung der Frau einzustehen oder eine Vertragsstrafe zu zahlen, gegen § 138 BGB. verstoßen und nichtig sein. Hingegen wäre ein Versprechen des Mannes, sich pflichtgemäß um die Einwilligung seiner Frau zu bemühen, ohne Erfolgsgarantie rechtsgültig, ebenso eine für die Erfüllung dieser beschränkten Schuldpflicht vereinbarte Vertragsstrafe.

Auf Grund dieser Entscheidungen läßt sich nunmehr leicht feststellen, wann ein Vertrag zu Lasten eines Dritten vorliegt und § 278 BGB. nicht zur Anwendung kommt. Folgende Voraussetzungen müssen gegeben sein: Die Handlung, welche Gegenstand der dem Schuldner obliegenden Leistung ist, kann von ihm persönlich oder durch seine Hilfspersonen (§ 278 BGB.) aus logischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht ausgeführt werden. Wohl aber kann der Schuldner entweder versprechen, daß die von ihm mit der Durchführung der Handlung bestimmten Person dies ordnungsgemäß tut und daß er für diesen Erfolg eintritt, oder er kann ohne ein ausdrückliches Erfüllungsversprechen sich in diesem Sinne nur bemühen. Die von dem Schuldner beauftragte Person wird im Regelfalle von ihm rechtlich und wirtschaftlich unabhängig sein, so in den oben erwähnten Urteilen, die Regierung und der König von Siam, der Abnehmer des Käufers, die Bank, welche das Akkreditiv bestätigen muß. Nur scheinbar trifft dies nicht in der Entscheidung des OLG. Posen bei den in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten zu; jedoch liegt die Sache hier insoweit anders, als ein Ehemann, welcher mit seiner Frau zusammen lebt, in der Regel keine Hilfsperson benötigt, um auf die Frau im Sinne der ihm obliegenden Leistung einzuwirken. Schließlich setzt das erwähnte Rechtsinstitut noch voraus, daß der Schuldner überhaupt in der Lage ist, im Sinne des von ihm versprochenen Erfolges auf den Dritten einzuwirken. Dies gilt für alle oben erörterten Fälle. Soweit aber eine derartige Einwirkungsmöglichkeit fehlt, weil der Dritte ein rechtliches oder tatsächliches Monopol für die fraglichen Handlungen hat, wie die Post oder Eisenbahn, oder weil eine Einwirkung technisch unmöglich ist, wie im Verhältnisse zwischen den Eigentümern eines Binnenkahns und eines Schleppdampfers, liegt ein Vertrag zu Lasten eines Dritten nicht vor. Hier kann vielleicht von einem Erfolgversprechen ohne einen derartigen Vertrag — einem eigentlichen Garantievertrage — gesprochen werden, häufiger wird der Schuldner aus § 276 BGB. oder wegen ursprünglicher schuldhafter Unmöglichkeit der Leistung nach § 307 BGB. haften. Soweit die Begriffsbestimmung der Pandekten (D 44, 7, 3 pr.) noch anwendbar ist, geht beim Vertrage zu Lasten eines Dritten die schuldnerische Leistung nicht auf ein dare, auf die Leistung einer Sache oder eines dinglichen Rechtes an ihr, auf eine Zession, Schuldübernahme usw.; sie geht auch nicht auf ein facere, auf eine natürliche Tätigkeit, auf Leistung von Arbeit (Dienst- oder Werkvertrag), sondern sie geht auf ein praestare, auf das Einstehen für die Leistung eines anderen (vgl. dazu Staudinger § 241 Anm. 4 a—d).

Wendet man diese Begriffsbestimmungen auf RG. 101, 152 an, so kommt man zu folgendem Ergebnisse:

Der Schuldner ist Tuchhändler. Soweit er in bezug auf sein Handelsgewerbe vertragliche Schuldverhältnisse eingeht, sind diese als Handelshauptgeschäfte (§ 343 Abs. 1 HGB.) Geschäfte, die den Verkauf von Tüchern und Stoffen zum Gegenstande haben, also Schuldverhältnisse, die auf ein dare gerichtet sind. Nach § 343 Abs. 2 HGB. und § 1 Abs. 2 Nr. 5, 6 HGB. kann zwar die Übermittlung der Stoffe vom Geschäfte des Schuldners zur Färberei ein Handelshilfsgeschäft im Sinne dieser Bestimmungen sein und insoweit als Gegenstand der ihm obliegenden Leistungspflicht auf ein facere, auf eine Arbeit gerichtet sein. Bei einer derartigen Verbindlichkeit wäre dann der Spediteur im Sinne der Reichsgerichtsentscheidung Hilfsperson aus § 278 BGB. Aus logischen und wirtschaftlichen Gründen, wie auch nach der vermutlichen Parteivereinbarung sollte aber der Schuldner offenbar befugt sein, die Stoffe einem Spediteur zur selbständigen Beförderung an den Färber zu übergeben. Er sollte nur für die ordnungsmäßige Durchführung dieser Beförderung haften, aber nicht weiter, als er für seine Hauptverpflichtung, die Stoffe zu färben, zu sorgen hatte. Da es sich um einen Werkvertrag handelt, haftet er gemäß § 644 BGB. nicht für zufälligen Untergang und zufällige Verschlechterung der Stoffe, sofern er gemäß § 282 BGB. seine und des Spediteurs Schuldlosigkeit an diesem Untergang nachweist. In derselben Weise wie für den Spediteur hatte der Schuldner weiter für die Eisenbahn und die Frachtführer zu haften, welche die Stoffe zur Färberei befördern. Für letztere selbst ist er entweder gleichfalls aus dem Vertrage zu Lasten eines Dritten, möglicherweise aber auch aus § 278 BGB. haftbar. Aus der Entscheidung ergibt sich, daß dieser Färber auch die eigenen Stoffe des Schuldners zu färben pflegte. Soweit man demnach annehmen darf, daß der Betrieb der Färberei vorwiegend auf die Erledigung der von dem Schuldner gemachten Bestellungen eingerichtet war und diese insoweit zwar nicht rechtlich, wohl aber wirtschaftlich von ihm abhängig war, kann der Färber gegebenenfalls Erfüllungsdiener des Schuldners aus § 278 BGB. sein, weil er zu dessen „Wirtschaft" gehört (vgl. meine Abhandlung „Der Erfüllungsdiener. Eine Studie vornehmlich zu den §§ 278, 831 BGB. mit Ausblicken auf das soziale Arbeitsrecht", 1920 S. 77 ff.).

Man kommt demnach in der besprochenen Reichsgerichtsentscheidung zu folgendem Ergebnisse: Der Spediteur ist kein Erfüllungsdiener des Tuchhändlers aus § 278 BGB., sondern dieser haftet für ihn aus dem Vertrage zu Lasten eines Dritten. Die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung war demnach falsch. Die Ansicht des RG., es ergäbe sich schon aus der weiten Fassung des § 278, daß im vorliegenden Falle der Schuldner Erfüllungsdiener sei, mag zwar die buchstäbliche Auslegung dieser Gesetzesbestimmung für sich haben, stimmt aber nicht mit der wirtschaftlichen Zweckbestimmung, der rechtsgeschichtlichen Entwicklung und den Ergebnissen der vergleichenden Rechtswissenschaft überein. Richtig ist nur die von Gierke (Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887 S. 803 ff.), von Brodmann (Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB., Iherings Jahrb. 58, 187 ff. 1910) und von mir (vgl. „Der Erfüllungsdiener" S. 7 ff.) vertretene Ansicht, daß Erfüllungsdiener in erster Linie Hausgenossen, Arbeiter und Angestellte

sind; allenfalls fallen noch unter diese Begriffsbestimmung solche selbständigen Unternehmer, welche zur „Wirtschaft“ des Schuldners gehören (vgl. „Erfüllungsdiener“ S. 77 ff.)[1]). Auch Art. 115 des Schweizer Obligationenrechts von 1881, der dem BGB. als Vorbild gedient hat (vgl. Motive zum BGB. II S. 30, 1888), und Art. 101 des Obligationenrechts von 1911 beweisen die Richtigkeit dieser Auffassung. Soweit über diesen Personenkreis hinaus eine Haftung des Schuldners für fremde Personen geboten ist, liegt fast immer ein Vertrag zu Lasten eines Dritten vor, welches Rechtsgebilde zwar in Vergessenheit geraten, aber doch noch notwendig ist. Bei einer derartigen Konstruktion kommt man allein zu praktischen Ergebnissen, nur durch sie wird die unübersichtliche, widerspruchsvolle, kasuistische Rechtsprechung zu § 278 BGB. auf klare und praktisch verwendbare Formeln gebracht.

RA. Dr. **Ostwald**, Hagen i. W.

Wer ist „Dritter“ bei Anfechtung einer Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung? Können Mängelanzeigen rechtswirksam an kaufmännische Angestellte des Verkäufers oder seines Handlungsagenten, insbesondere durch Fernsprecher, abgegeben werden?

Beide Fragen, die anscheinend nichts miteinander zu tun haben, beruhen auf denselben Rechtsgedanken.

In JW. 1921, 623 stellt RG. in Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung fest, daß eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 2 BGB.) ohne weiteres nur dann zulässig ist, wenn die Täuschung durch einen direkten Stellvertreter des Anfechtungsgegners oder wenigstens durch eine solche Person verübt ist, welche die maßgebenden Vertragsverhandlungen mit dem Getäuschten geführt hat und daher einem Vertreter gleichsteht; bei Arglist von anderen Personen (etwa Agenten oder Vermittlern), welche durch ihre Tätigkeit den Abschluß des Geschäfts nur vorbereitet haben, soll die Anfechtungsmöglichkeit nur dann gegeben sein, wenn der Anfechtungsgegner die Täuschung kannte oder kennen mußte. Die Gründe, welche **Titze** in der Anmerkung gegen die herrschende Auffassung anführt, insbesondere seine Berufung auf den im § 278 BGB. zur Geltung kommenden Grundsatz treffen durchaus zu, genügen aber wohl kaum, um eine Änderung der bisherigen Praxis zu erreichen. Diese läßt sich aber im Wege der Rechtsanalogie, der Gesetzesauslegung, welche aus verschiedenen Einzelvorschriften einen ihnen zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgedanken entnimmt, erzielen. Dieser allgemeine, dem modernen Rechtsleben eigentümliche Grundsatz läßt sich etwa dahin formulieren: jedermann hat die rechtlichen Nachteile zu tragen, die er aus der bewußten Verwendung fremder Personen in seinem Interesse erleidet, mögen sie als seine Hausgenossen, Arbeiter und Angestellten zu ihm in einem gewissen rechtlichen Abhängigkeitsverhältnisse, unter seiner „Herrschaft“ stehen, oder mögen sie als unabhängige Personen nach seinen mehr oder minder genauen Anweisungen in seinem Interesse in seiner „Wirtschaft“ tätig sein. Der klassische Fall für diesen Grundsatz ist, wie ich in meiner Abhandlung „Der Erfüllungsdiener. Eine Studie vornehmlich zu den §§ 278, 831 BGB. mit Ausblicken auf das soziale Arbeitsrecht“ (1920) nachgewiesen habe, der § 278 BGB. Rechtsnachteil ist in der Regel eine Schadensersatzpflicht ohne Verschulden. Jedoch wird dieser Grundsatz nach den Voraussetzungen der Verantwortlichkeit wie nach der Art der eintretenden Rechtsnachteile mehr oder minder abgewandelt, für ersteres denke man an den § 831 BGB., für letzteres im vorliegenden Falle an die Möglichkeit einer Anfechtungserklärung und die dadurch bewirkte Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages Gemeinsam ist aber allen Fällen, daß der Kreis der Personen, deren Handlungen dem Haftpflichtigen zugerechnet werden, sich niemals nach streng formell-rechtlichen Begriffen bestimmt, sondern mehr nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Rein gefühlsmäßig ohne Rücksicht auf diesen allgemeinen Rechtsgedanken erklärten die von **Titze** erwähnten drei OLGUrteile und ein älteres RGUrteil die Abgrenzung des Begriffs des „Dritten“ in diesem Sinne. Entwickelt man diesen Begriff nach allgemeinen Gesichtspunkten, so kommt man zu folgendem Ergebnisse: „Dritter“ ist einmal nicht der direkte Stellvertreter, allerdings aus einem anderen Grunde, weil nämlich nach § 166 Abs. 1 BGB. die von ihm verübte arglistige Täuschung unmittelbar zu Lasten des Vertreters geht. Weiter sind „Dritte“ im Sinne dieses allgemeinen Rechtsgedankens nicht solche Angestellte des Anfechtungsgegners, die gemäß ihren rechtlichen Beziehungen zu diesem an den Vertragshandlungen sich beteiligt haben und hierbei durch eine arglistige Täuschung den Abschluß des Geschäfts veranlaßt haben; ob sie vertretungsberechtigt sind oder nicht, ist gleichgültig. „Dritte“ sind ferner nicht solche Personen, die zur „Wirtschaft“ des Anfechtungsgegners gehören, die mit seinem Willen, in seinem Interesse an den Verhandlungen teilnehmen, etwa wie im vorliegenden Falle, Vermittler ohne Abschlußvollmacht, Handlungsagenten (§ 84 HGB.) oder Versicherungsagenten (§ 43 VVG.); eine Vertretungsbefugnis ist auch hier nicht erforderlich. Jede andere Begrenzung des Begriffs mag für das Pandektenrecht passen, genügt aber nicht für die Gegenwart, daher war auch in der genannten RGEntsch. das Anfechtungsrecht wegen Arglist des Vermittlers zu gewähren.

Zu erwähnen ist noch, daß die Geltendmachung des Anfechtungsrechts möglicherweise auch als Schadensersatzklage gemäß §§ 826, 831 BGB., mit der eine Wiederherstellung des früheren Zustandes (§ 249 BGB.) verlangt wird, oder als Einrede der Erfüllungsweigerung (§ 853 BGB.) aufzufassen ist (vgl. **Staudinger**, BGB., 7.—8. Aufl., § 123 VI, 2, 3).

Nach Fertigstellung dieser Zeilen wurde die Richtigkeit des in ihnen enthaltenen Rechtsgedankens durch eine auf ganz anderem Rechtsgebiete liegende Entscheidung bestätigt. Nach RG. JW. 1921, 1240 können Mängelanzeigen aus § 377 HGB. auch rechtswirksam an kaufmännische Angestellte des Verkäufers oder seines Handlungsagenten, insbesondere auch durch Fernsprecher, abgegeben werden. Ganz im Sinne des obigen Rechtsgedankens spricht RG. es aus: „Der Kaufmann, der sich zur Erledigung des Geschäftsverkehrs besonderer Geschäftsräume mit Angestellten bedient, gibt dadurch zu erkennen, daß er mittels dieser Einrichtung mit Dritten zu verkehren bereit ist, und muß daher geschäftliche Kundgebungen, die auf diesem Wege in den Bereich seines Geschäfts gelangen, so gegen sich gelten lassen, als wenn sie an ihn persönlich gelangt wären. Dies gilt auch für Mängelrügen i. S. des § 377 HGB.“ „Die Mitteilung, die in den Geschäftsräumen des abwesenden Geschäftsinhabers von seinen Angestellten durch den Fernsprecher entgegengenommen wird, muß daher die gleiche Wirkung haben, wie wenn sie von dem Geschäftsinhaber persönlich entgegengenommen wäre. Die Gefahr, die damit für ihn verbunden sein kann, wird ihm nicht unbilligerweise auferlegt. Da er selbst durch seine Beteiligung am Fernsprechverkehr sich zur Entgegennahme von Mitteilungen durch den Fernsprecher bereit erklärt, muß er auch dafür Sorge tragen, daß geschäftliche Mitteilungen, die auf diesem Wege einlaufen, ihm von seinen Angestellten übermittelt werden. Unter regelmäßigen Verhältnissen wird er auch in der Lage sein, von solchen Mitteilungen Kenntnis zu erhalten. Fehler in der Geschäftseinrichtung und Nachlässigkeiten der Angestellten, die ausnahmsweise dazu führen, daß der Geschäftsinhaber keine Kenntnis erhält, dürfen nicht dem Dritten schaden, der im Vertrauen auf das dargebotene Verkehrsmittel handelt.“

In allen diesen Sätzen tritt uns der Gedanke der Verbindung von Herrschaft und Haftung entgegen. Der Geschäftsherr soll für seine Leute und seine Einrichtungen haften. Er tritt im Rechtsverkehr nicht als alleinstehendes Einzelwesen auf, sondern als Träger eines Herrschafts- und Wirtschaftsverbandes, als Gebieter über Menschen, Einrichtungen und Kapital, wie dies zuerst Altmeister **Gierke** als Rechtsgrund der Haftung für fremdes Verschulden entwickelt hat (vgl. **Gierke**, Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887, S. 803 ff.). Der Geschäftsherr bildet mit seinen Leuten zwar keine rechtliche Einheit, keine juristische Person, wohl aber eine soziale Einheit, einen gesellschaftlichen Organismus.

Daraus ergibt sich, Willens- und Wissenserklärungen aller Art, die an seine Leute kommen, gelten als ihm zugegangen. In dieser Weise ist auch insbesondere der § 130 BGB. auszulegen (vgl. RG. a. a. O.).

Auch sonst erkennt die Rechtsordnung diesen Grundsatz an; z. B. bestimmt § 183 Abs. 1 ZPO. über Zustellungen: „Für Gewerbetreibende, welche ein besonderes Geschäftslokal haben, kann, wenn sie in dem Geschäftslokal nicht angetroffen werden, die Zustellung an einen darin anwesenden Gewerbegehilfen erfolgen.“

Nach den Vorschriften der ZPO. können auch Willenserklärungen zugestellt werden (§ 132 Abs. 1 BGB.). Wie RG. a. a. O. mit Recht bemerkt, kann nicht jeder beliebige Angestellte Willenserklärungen oder Mängelanzeigen am Fernsprecher rechtswirksam entgegennehmen, sondern dies können nur solche Angestellte, zu deren Aufgaben die Erledigung der betreffenden Angelegenheiten gehört, auf die sich die Mängelanzeige bezieht, also kaufmännische Angestellte; eine zufällig im Geschäftsraum anwesende Reinmachefrau genügt nicht. Dies ergibt sich aus dem Wesen des Herrschaftsverbandes als einer gesellschaftlichen Einheit, eines sozialen Organismus, in dem jeder Angestellte, also jedes einzelne Glied eine bestimmte Aufgabe, einen bestimmten Zweck zu erfüllen hat und nur solche Willens- und Wissenserklärungen, die sich auf diesen Zweck beziehen, rechtswirksam entgegennehmen kann.

Was Mängelanzeigen im einzelnen angeht, so können sie nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 86 Abs. 2 HGB. auch den Handlungsagenten des Verkäufers gegenüber abgegeben werden. Auch hier genügt die Abgabe gegenüber einem kaufmännischen Angestellten. Der Handlungsagent ist selbständiger Kaufmann (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB.). Er ist genau wie der Verkäufer selbst

---

[1]) Hierzu gehört u. a. der selbständige Handwerker, der im Hause oder am Grundstücke des Schuldners Arbeiten vornimmt. Nach RG. 102, 231 ff. ist der Vermieter dem Mieter für das Verschulden eines Klempnermeisters und seinen Angestellten aus § 278 haftbar, die bei Arbeiten an einer Gasleitung das Gasrohr nicht verschließen und dadurch den Mieter schädigen.

oder der Schuldner in § 278 BGB. Träger eines Herrschafts- und Wirtschaftsverbandes. Es kommt nicht auf seine Person als alleinstehendes Einzelwesen, sondern auf seinen Gewerbebetrieb an, wie dies auch Landsberg, der Verf. der zugehörigen Anmerkung, hervorhebt.

RA. Dr. Ostwald, Hagen i. W.

Ablehnung einer Offerte und Erbschaftsausschlagung.

Die Ausführungen Stampes zu dem in JW. 1922, 21 f. mitgeteilten Reichsgerichtsurteil, der die Ausschlagung einer Erbschaft gleichstellt mit der Ausschlagung einer Offerte inter vivos, möchte ich gerade im Hinblick auf die bedeutsame Konsequenz, die daraus gezogen wird, nicht unwidersprochen lassen.

§ 119 BGB. setzt wie immer, wenn im BGB. von „Willenserklärung" die Rede ist, eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung voraus, d. h. eine solche, die auf eine Veränderung der bestehenden Rechtslage gerichtet ist. Mit einer solchen haben wir es aber bei der Ausschlagung einer Offerte inter vivos nicht zu tun. Vielmehr bringt der Erklärende lediglich seine Abgeneigtheit zum Ausdruck, durch eine ihm in die Hand gegebene rechtsgeschäftliche Willenserklärung (das Akzept) eine Rechtswirkung herbeizuführen. Umgekehrt müßte man logischerweise fragen, worin denn die Anfechtung bestehen sollte? Angefochten, d. h. unwirksam gemacht werden, kann doch nur eine bereits eingetretene Rechtsfolge; eine solche ist ja aber hier gar nicht vorhanden.

Ganz anders bei der Ausschlagung einer Erbschaft. Hier sind an die Ausschlagung erhebliche Rechtsfolgen geknüpft; die Ausschlagung zielt auf eine Veränderung der bestehenden, mit dem Erbfall ipso iure eingetretenen Rechtslage ab. Damit wird die Ausschlagung hier zu einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, wie sie § 119 BGB. im Auge hat.

Unter diesen Gesichtspunkten erscheinen die Erörterungen Stampes als gegenstandslos.

Daß der Ablehnung einer Offerte in § 146 BGB. Rechtserheblichkeit beigemessen wird, steht nicht in Widerspruch mit den vorstehenden Ausführungen. Zur rechtsgeschäftlichen Willenserklärung wird die Ablehnung dadurch ebensowenig wie das ihr in einem Atem gleichgestellte (absichtliche oder zufällige) Unterbleiben jedweder Reaktion auf die Offerte hin.

Dr. O. Richter, Dresden.

Zur Bedeutung des § 97 (2) Ziffer 4 EVO.

Die Ausführungen von Starck in JW. 1922, 86 über die Bedeutung des § 97 (2) Ziff. 4 EVO. hinsichtlich des geforderten Feststellungsantrages können nicht unwidersprochen bleiben. Verf. will nachweisen, daß die Eisenbahn sich nicht auf das Erlöschen der Rechte aus dem Frachtvertrag gemäß § 97 (1) EVO. berufen könne, wenn sie ohne schriftlichen Antrag auf eine nach § 82 EVO. vorzunehmende Untersuchung den Schaden festgestellt hat.

Mit der von Starck vorgenommenen Unterscheidung zwischen Mußvorschriften und Kannvorschriften ist nichts anzufangen. § 90 Ziff. 4 EVO. a. Fass. und § 464 HGB. besagen dasselbe. Wenn nach dem Wortlaute des § 464 HGB., der Grundlage des § 97 (2) Ziff. 4 EVO., Ansprüche wegen nicht erkennbarer äußerlicher Schäden nach der Annahme des Gutes und der Bezahlung der Fracht gegen die Eisenbahn nur unter bestimmten Voraussetzungen geltend gemacht werden können, so ist die Einhaltung dieser Voraussetzungen in jedem Falle zwingendes Erfordernis für die Geltendmachung eines auf § 464 HGB. fußenden Rechts zum Schadenersatz. Die Ausdrucksweise „können nur" in § 464 HGB. hat allerdings dieselbe Bedeutung wie die von Starck angezogene Bestimmung in § 3 EVO.: „Die Beförderung kann nicht verweigert werden." Die negative Form „kann nicht" entspricht genau der Mußvorschrift, wie „darf nicht" der Sollvorschrift entspricht (vgl. Siméon, Recht und Rechtsgang 1919, I 32). Starck unterscheidet hier dagegen zu Unrecht zwischen Muß- und Kannvorschrift und bezeichnet sogar das in § 464 HGB. aufgestellte Erfordernis des schriftlichen Feststellungsantrages bald als Kann-, bald als Sollvorschrift. Wenn Ansprüche gegen die Eisenbahn nicht geltend gemacht werden können, sofern kein schriftlicher Feststellungsantrag erfolgt ist (§ 97 [2] Ziff. 4 EVO.), dann ist eine Geltendmachung von Ansprüchen rechtlich unmöglich und bleibt ohne jede Wirkung (vgl. Siméon a. a. O.).

Wenn die Eisenbahn eine Beförderung übernommen hat, wozu sie nach § 3 EVO. nicht verpflichtet ist, dann ist sie zwar zur Ausführung der Beförderung verpflichtet. Diese Verpflichtung beruht aber auf dem abgeschlossenen Beförderungsvertrag. Sie läßt sich nicht etwa damit begründen, daß § 3 EVO. keine Mußvorschrift enthalte. Darauf deutet schon der von Starck zitierte Hahn, Kommentar AHGB. II 704 hin, wenn er im Anschluß an Art. 422 AHGB. die Frage aufwirft, ob es der Bahn freistehe, wenn sie befugt sei, die Eingehung gewisser Frachtverträge zu verweigern, beliebige Transportbedingungen für die trotzdem eingegangenen Frachtverträge aufzustellen, und die Frage so beantwortet, wenn die Bahn solche Transporte übernehme, verzichte sie damit auf das ihr zustehende Recht, die Eigenschaft des Gutes, welche die Beförderung ausschließe, geltend zu machen; der abgeschlossene Vertrag aber sei nach denselben Grundsätzen zu beurteilen, wie jeder andere Frachtvertrag.

Eine solche vertragliche Verpflichtung fehlt aber in dem Falle, wenn die Eisenbahn ohne schriftlichen Antrag die Untersuchung vornimmt. Eine bahnseitige Feststellung allein gibt dem Anzeigenden über die Vorschrift des § 97 (2) Ziff. 4 EVO. hinaus kein Recht. Wenn die Bahn freiwillig einem mündlichen Antrag stattgibt, dann könnte für sie höchstens eine Verpflichtung entstehen, wenn sie eine solche besonders übernähme bzw. auf die Innehaltung der Formvorschrift des § 97 (2) Ziff. 4 EVO. ausdrücklich verzichtete. Ein stillschweigender Verzicht dürfte im Regelfalle nicht anzunehmen sein. In der tatsächlichen Zahlung der Entschädigung kann ein Verzicht der Bahn erblickt werden. Nicht aber in der Entgegennahme eines formlosen Feststellungsantrages. Die Bereitwilligkeit der Bahn, den Tatbestand aufzuklären, darf nicht zu ihrem Nachteil ausgelegt werden und kann ihre Rechte nicht beeinträchtigen. Allgemein wäre dabei noch zu beachten, ob nicht schon die Analogie von § 125 BGB. einen Verzicht auf die gesetzliche Formvorschrift verbietet.

Art. 44 (2) des JÜ. kann nicht herangezogen werden. Es ist irreführend, daß der Entschädigungsanspruch nach Art. 44 (2) Ziff. 4 JÜ. ebenfalls schriftlich erhoben werden müsse. Für die Erhaltung der Ansprüche ist sowohl nach § 97 (2) Ziff. 4 EVO. wie Art. 44 (2) Ziff. 4 JÜ. der Antrag auf Feststellung, nicht der Entschädigungsantrag maßgebend. Der Feststellungsantrag gemäß Art. 44 (2) Ziff. 4 JÜ. kann aber entgegen den in Art. 44 erwähnten Entschädigungsansprüchen (Abs. 5) und abweichend von § 97 (2) Ziff. 4 EVO. in beliebiger Form gestellt werden (vgl. Eger, Kommentar zum JÜ., 3. Aufl. S. 450 u. 454). Bei Möglichkeit der Feststellung durch den Empfänger auf der Empfangsstation und Bereiterklärung der Eisenbahn zur Vornahme derselben findet kraft besonderer Bestimmung Ziff. 4 des Art. 44 (2) keine Anwendung. Diese Bestimmung des JÜ. ist auf Antrag Italiens hinzugefügt worden. Nachträgliche Ansprüche sollten nicht mehr zugelassen werden, wenn die mögliche Verifikation des Gutes bei Ankunft im Bahnhof unterlassen sei (vgl. Eger a. a. O. S. 442).

Das Ergebnis, daß die Bahn bei mangelndem schriftlichem Antrag sich ohne weiteres stets auf das Erlöschen der Ansprüche aus dem Frachtvertrage berufen kann, ist befriedigend. Durch § 97 EVO. soll der Bahn ein besonderer Schutz gewährt werden. Die Bezahlung der Fracht und die Abnahme des Gutes wird gewissermaßen als Anerkennung der Frachtvertragserfüllung und Verzicht auf weitere Ansprüche aus dem Frachtvertrage angesehen. Als gesetzliche Ausnahme zuungunsten der Bahn stellt § 97 (2) Ziff. 4 EVO. genau bestimmte Erfordernisse hinsichtlich Frist und Form des Feststellungsantrages auf, die der Berechtigte beobachten muß.

GerAss. Dr. Meiß, Cöln.

Rechtsverhältnis zwischen Vorkaufsberechtigten und Vorkaufsverpflichteten einerseits und dem in Kenntnis des Vorkaufsrechts das Eigentum erwerbenden Rechtsnachfolgers im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts andererseits.

(Zu RG. v. 2. Jan. 1922, 264/21 V, JW. 1922, 576.)

Die Kl. verkauften durch Vertrag v. 6. Juli 1910 dem S. einen Teil ihres Grundbesitzes und ließen ihn ihm auf. Zugunsten dieses von S. erworbenen Grundbesitzes wurde dem S. ein Vorkaufsrecht an vier den Kl. verbliebenen Parzellen eingeräumt. Die Kl. verkauften und übereigneten sodann den Rest ihres Grundbesitzes mitsamt von vier Parzellen an den Bekl. Bei dieser Veräußerung war dem Bekl. das Vorkaufsrecht des S. bekannt. S. hatte sodann in einem Vorprozeß gegen die jetzigen Kl. rechtskräftig erstritten, daß er das Vorkaufsrecht hinsichtlich der vier Parzellen rechtzeitig ausgeübt habe. Hiernach kann S. von dem Kl. Auflassung der vier Parzellen und vom Bekl. Zustimmung zur Eintragung als Eigentümer fordern (§ 1098 II, § 883 II BGB.). Nun aber klagt nicht S., sondern eben die Kl. gegen den Bekl. auf Zustimmung zu dieser Eintragung. Schon das OLG. verurteilte. Den ersten seiner Gründe hat das RG. mit zutreffender Begründung verworfen. Aus dem richtigen Satze, daß das Vorkaufsrecht dem Dritten gegenüber wirke, konnte nicht mit dem OLG. irgend etwas über die Art seiner Wirkung gefolgert werden. Wie es wirkt, ergibt sich aus §§ 883 und 888 in Verbindung mit § 1098 BGB., der Eigentumserwerb des Dritten wird also durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes nicht, wie Fuchs, Grundbuchrecht I, § 1094, 1 b und Goldmann-Lilienthal BGB. II § 70 A. 29 meinen, von selbst vernichtet. Der Verkäufer kann Rechte gegen den Käufer nur aus dem Kaufe herleiten. Auf den Kauf stützt sich denn auch das OLG. in zweiter Linie. Mit Recht nimmt es einen bedingten Kauf für den Fall an, daß der Verkäufer dem Käufer Mitteilung über das Bestehen des Vorkaufsrechtes macht; denn in der Mitteilung liegt der Hinweis, daß der Käufer das gekaufte Grundstück dem Vorkaufsberechtigten

auf Verlangen überlassen müsse, daß daher, so ist als selbstverständlich weiter zu unterstellen, der Verkäufer für diesen Fall nicht haften, dann aber auch keine Rechte aus dem Kaufe haben wolle. — Aber wie, wenn der Fall so lag, wie das RG. im ersten Satz der Gründe berichtet hat, so nämlich, daß der Verkäufer dem Käufer keine Mitteilung von dem Vorkaufsrecht gemacht hat, aber der Käufer — vielleicht ohne Kenntnis des Verkäufers — doch von dem Vorkaufsrecht wußte? In diesem Falle kann natürlich von einer auch nur stillschweigenden Bedingung, daß der Kauf nur bei Nichtausübung des Vorkaufsrechts gelten solle, keine Rede sein. — In Frage käme, ob der § 439 I BGB. zur Anwendung kommen könnte, ob man etwa sagen könnte: § 439 I habe sich nur über die Ansprüche des Käufers bei Rechtsmängeln ausgesprochen, weil bei Rechtsmängeln regelmäßig nur Ansprüche des Käufers in Betracht kämen. Beim Vorkaufsrecht sei aber auch noch die Pflicht des Vorkaufsverpflichteten nach §§ 1098, 505 II, 433 I BGB. zu berücksichtigen, es käme daher in Erwägung, ob nicht § 439 I die Idee verfolge, daß der Käufer, der ein Drittrecht an der verkauften Sache kenne, nicht bloß keine Ansprüche wegen dieses Rechts erheben, sondern, wenn er auf Grund des Kaufs Eigentum und Besitz erlangt hätte, dem Verkäufer gegenüber verpflichtet wäre, diese Rechte soweit zurückzustellen, als notwendig sei, damit der Verkäufer seine Obligationen gegen den Dritten erfülle. Diese Analogie würde ich aber glatt ablehnen. Es ist wohl in der Ordnung, daß der Käufer, der die Drittrechte kennt, ihretwegen keinen Anspruch gegen den Verkäufer hat, aber es ist ebenso in der Ordnung, daß der Verkäufer, der belastete Sachen veräußert, ohne dies dem Käufer mitzuteilen, dann auch keine Ansprüche gegen den Käufer hat. Der Verkäufer hat durch den Verkauf einer belasteten Sache dem Käufer gegenüber fehlerhaft gehandelt. Daß er deshalb in keine Pflichten verstrickt wird, wenn der Käufer die Rechte Dritter kennt, ist erklärlich. Der Käufer ist nicht getäuscht worden und wußte, daß er dem Dritten weichen mußte. Nicht erwarten konnte aber der Käufer, daß er auch dem Verkäufer, der selbst ihn in Stich gelassen hatte, dafür Rede und Antwort stehen müßte. Es ist also festzustellen, daß das Urteil des RG. nur bei Mitteilung des Vorkaufsrechts durch den Verkäufer, nicht bei sonstiger Kenntnis des Käufers Anwendung finden kann.

Prof. Dr. Ernst Jacobi, Münster i. W.

Richtigstellung.

In JW. 1922, 322, hatte ich in der Kritik zu einem Urteil des OLG. Stettin ausgeführt:

> Das OLG. Stettin steht aber zu dem Urteil des 4. StSen. und damit zu der gesamten Rechtsprechung des RG. zu § 7 in Gegensatz, als es auch dann den Ausschluß der Strafe ausspricht, wenn die Straftat selbst erst nach dem 1. Jan. 1921 begangen ist.

Ich hatte diese Auslegung als abwegig widerlegt. Wie mir Herr OLGR. Fischer, Stettin, mitteilt, hat der erkennende StSen. des OLG. Stettin in diesem Urteil und auch sonst stets angenommen, daß die Straftat vor dem 1. Jan. 1921 begangen sein muß, wenn § 7 zur Anwendung kommen soll. Inzwischen hat aber der Senat auch den in diesem Urteil vertretenen Standpunkt aufgegeben, daß es für die Anwendung des § 7 gleichgültig sei, ob die Verkehrsregelung vor dem 1. Jan. 1921 oder nach diesem Zeitpunkt aufgehoben ist. In einem Urteil v. 11. März 1922 (AZ. S. 31/32) hat er sich vielmehr, nach Mitteilung des Herrn OLGR. Fischer, der herrschenden Meinung, daß § 7 nicht anzuwenden ist, wenn die Verkehrsregelung erst nach dem 1. Jan. 1921 aufgehoben ist, angeschlossen.

RA. Ernst Böttger, Berlin.
Rechtsbeirat des Reichs-Landbundes.

Rechtsprechung.

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

A. Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Bitter und Justizrat Dr. Schrömbgens.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

Reichsrecht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

**1. Verbotswidrige Einfuhr macht nicht schon das Geschäft zwischen Lieferant und dem Einführenden nichtig und hindert nicht den Eigentumserwerb des letzteren.]†)

Aus den Gründen: Der zu ersetzende Sachschaden wird in § 1 PreußTumSchG. v. 11. März 1850 als „Beschädigungen des Eigentums“ bezeichnet. Ob danach nur der Eigentümer auf Schadensersatz klagen oder ob und unter welchen Voraussetzungen auch einem anderen, der durch die Beschädigung des Eigentums Schaden erlitten hat, aber nicht selbst Eigentümer, sondern z. B. Mieter, Pächter, Herausgabepflichtiger ist, ein Schadensersatzanspruch gegen die Gemeinde zugebilligt werden kann, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn das BG. hat mit Recht angenommen, daß die Kl. zur Zeit der Plünderung Eigentümerin der Waren gewesen sei. Als Einfuhrverbot i. S. des vom BG. unterstellten Sachverhalts kommt nur die Vorschrift des § 1 der Bek. vom 16. Jan. 1917 über die Regelung der Einfuhr (RGBl. 41) in Frage, wonach die Einfuhr aller Waren über die Grenzen des Deutschen Reichs nur mit Bewilligung der zuständigen Behörde gestattet ist und auf Zuwiderhandlungen hiergegen die Strafvorschriften des Vereinszollgesetzes über Konterbande Anwendung finden (§ 2). Die Frage ist, ob der Eigentumserwerb an der Ware auf seiten der Kl. etwa wegen Nichtigkeit des Geschäfts nicht eingetreten ist, wofür die Vorschriften des BGB. § 134 und § 138 Abs. 1 in Betracht kommen. Dafür ergibt der vorliegende Sachverhalt indessen keinen ausreichenden Anhalt. Das in Rede stehende Verbot richtet sich gegen die Einfuhr, d. i. zunächst eine Tatsache, kein Rechtsgeschäft. Und das Verbot richtet sich nur gegen den Einführenden, nicht gegen dessen Lieferanten. Schließen beide einverständlich zu dem Zwecke verbotener Einfuhr einen Kauf- oder Lieferungsvertrag ab, dann mag für das Geschäft als solches, weil verbotswidrig, Nichtigkeit nach § 134 in Frage kommen. Hat aber der Lieferant hier, wo nichts dergleichen gegen ihn festgestellt ist, schlechthin geliefert und dem Käufer überlassen, sich mit den Einfuhrbeschränkungen abzufinden, so kann kein beiderseits verbotswidriges Geschäft (vgl. RGR-

---

Zu 1. Die wegen ihrer Bedeutung übrigens schon in der offiziellen Sammlung RG. 102, 321 ausführlich veröffentlichte Entscheidung ist zu billigen. Einfuhrverbote, die nicht ausdrücklich die Nichtigkeit der zugrunde liegenden Verträge anordnen, vermögen die Nichtigkeit auch durch Strafandrohung auf dem Umwege über § 134 BGB. nicht zu erzeugen. Entsprechend sind die wirtschaftsrechtlich eine mindestens ebenso große Rolle spielenden Einfuhrbeschränkungen zu behandeln. Hierher gehört auch die VO. v. 16. Jan. 1917, die bestimmt, daß die Einfuhr aller Waren über die Grenzen des Deutschen Reichs nur mit Bewilligung des Reichskommissars gestattet ist. Einfuhr ist ein Wirtschaftsakt, kein ziviler Rechtsakt. Wird die „Einfuhr“ verboten oder unter Konzession gestellt, so ergreifen diese Normativbestimmungen auch durch Strafandrohung nicht die Gültigkeit der zugrunde liegenden Zivilrechtsakte. Insbesondere werden weder die Kaufverträge noch die Übereignungsgeschäfte durch solche Verbotsgesetze nichtig. Die schuldrechtlichen Verträge liegen in der Vergangenheit; aber auch die Übereignung fällt mit der Einfuhr nicht zusammen. Der inländische Käufer der betreffenden Ware kann schon vor der Einfuhr Eigentum erwerben und über sie auch ohne Einfuhr weiter verfügen. — Ob die Devisenordnung v. 8. Febr. 1917 prinzipiell anders zu behandeln ist, wie das RG. oben annimmt, ist mir zweifelhaft. Die §§ 5 und 8 dieser für unsere Geldwirtschaft so bedeutsamen VO. rechnen anscheinend mit der Gültigkeit auch des verbotswidrigen Erwerbes von Devisen. Die Frage bedarf in weiterem Zusammenhang der Nachprüfung, auf die ich an anderer Stelle eingehen zu können hoffe. Es handelt sich hier um eine der feinsten Fragen des Verhältnisses von Recht und Wirtschaft. Unsere Kriegs- und Nachkriegswirtschaftsgesetzgebung ist sich ihrer Verantwortung nicht immer in vollem Umfange bewußt und überläßt dem Richter zuviel. Daher klagen die Anwalte nicht ohne Grund über die hinsichtlich der zivilrechtlichen Handhabung solcher Geschäfte entstehende Unsicherheit und Unmöglichkeit zuverlässiger Beratung des Publikums. Vgl. etwa Bauer, JW. 1921, 501 ff.

Geh. JR. Prof. Dr. A. Manigk, Breslau.

Komm.[3] § 134 Erl. 2, Planck[4] Erl. 2b) und folgeweise (RG. 60, 277) keine Nichtigkeit nach § 134 angenommen werden. Es bleibt also nur noch die Frage, ob etwa die Kl. durch die Verbotswidrigkeit der nachgefolgten Einführung der Ware gehindert worden ist, das Eigentum daran zu erwerben, oder ob sie es etwa aus diesem Grunde verloren hat. Dafür gibt das in § 2 der Bek. v. 16. Jan. 1917 herangezogene Vereinszollgesetz keinen Anhalt. Nach § 156 das. gehen die beschlagnahmten Gegenstände erst mit dem Zeitpunkt der Beschlagnahme in das — auslösend bedingte (RG. 55, 232) — Eigentum des Staates über. Kommt es zu solcher Beschlagnahme nicht, so werden die Eigentumsverhältnisse an der Ware durch Konterbande nicht berührt. Mangels weiterer Klärung der tatsächlichen Sachlage ergibt sich mithin kein Anhalt aus § 134 BGB., Nichtigkeit des Eigentumserwerbs auf seiten der Kl. anzunehmen. Dem gleichen Zwecke wie die Regelung der Wareneinfuhr durch die Bek. v. 16. Jan. 1917 — eine Vergrößerung der wirtschaftlich schädlichen Verschuldung Deutschlands gegenüber dem Ausland zu verhüten — diente auch die Devisenordnung v. 8. Febr. 1917 (RGBl. 105). Wie bereits in der Entscheidung (RG. 98, 254) ausgesprochen, ist der Abschluß eines Kaufvertrags ohne die dort erforderte Genehmigung der Reichsbank nichtig. Nach der Devisenordnung ist (§ 5 das.) die Eingehung gewisser Verbindlichkeiten gegenüber im Ausland ansässigen Personen verboten. Dieses Verbot richtet sich unmittelbar gegen das Rechtsgeschäft als solches — nicht nur gegen die Tatsache einer ohne Genehmigung erfolgenden Einfuhr — und trifft schon nach seinem Inhalt die beiden Teile, aus denen das Rechtsgeschäft gegebenenfalls sich zusammensetzt: die Eingehung der Verbindlichkeit nicht minder als den Erwerb des Forderungsrechts. Die Nichtigkeit des gegen das Verbot der Devisenordnung verstoßenden Geschäfts ergibt daher noch nichts für die Gültigkeit eines Geschäfts, dem unerlaubte Einfuhr der durch das Geschäft erlangten Ware nachgefolgt ist. Auch für die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 Abs. 1 fehlt es an ausreichendem tatsächlichem Anhalt. Nach dem unterstellten Sachverhalt liegt nichts vor als die Tatsache der ungenehmigten Einfuhr und etwa die Annahme, daß die Kl. die Ware zum Zwecke einer solchen erworben habe. Daß damit schon der ganze Vertrag oder der Eigentumserwerb sittenwidrig werde, kann nicht gesagt werden. Dadurch wird die Rechtsprechung, wonach Geschäfte, die der Förderung des gewerbsmäßigen Schmuggels dienen, nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sind (RG. 42, 295; 96, 282), nicht berührt. Auch braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob von diesen Grundsätzen nach Sachlage eine Ausnahme mit Rücksicht auf die durch den Krieg geschaffene Notlage in Deutschland zu machen sein würde (vgl. Warn. 1919 Nr. 105, VI 242/20 v. 21. Okt. 1920, auch VI 394/20 v. 20. Dez. 1920). Übrigens würde auch der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot das Geschäft nicht ohne weiteres zu einem sittenwidrigen machen (RG. 88, 254).

(E. w. W., U. v. 7. Juli 1921; 160/21 VI. — Düsseldorf.) [Sch.]

**2. Clausula rebus sic stantibus. Der wirtschaftliche Ruin des Schuldners ist keineswegs schlechthin Voraussetzung der Geltung der Klausel.]†)

Durch Briefwechsel v. 26. und 28. Okt. 1918 ist zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen, wonach die Bekl. der Kl. 10 Tonnen geglühten Eisendraht für 62 ℳ per 100 kg frei Waggon ab Werk liefern sollte. In ihrem Angebot v. 26. Okt. hat die Bekl. geschrieben: Wir bitten, falls Sie noch hierauf reflektieren, um gefl. Einsendung einer Dringlichkeitsbescheinigung zwecks Waggonforderung, worauf Kl. erwidert hat: Die erforderliche Dringlichkeitsbescheinigung lasse ich Ihnen in den nächsten Tagen zugehen. Am 15. Nov. 1918 schrieb die Bekl., daß ihr zur Zeit wegen der Rückbeförderung des Heeres ein Waggon nicht gestellt werden könne, nach Aufhebung der Verkehrsbeschränkung werde sie die Verladung sofort vornehmen. Es erfolgte nichts, bis Kl. am 17. Mai 1919 schrieb: Auf meine letzte Zuschrift haben Sie mich ohne Rückäußerung gelassen. Ich stelle Ihnen hiermit eine Nachfrist bis zum 25. cr. und werde mir, falls ich bis dahin nicht im Besitze Ihrer Faktura bin, die Ware von anderer Seite beschaffen und Sie für den Mehrbetrag in Anspruch nehmen. Dieser Aufforderung zu liefern ist die Bekl. nicht nachgekommen. Im Juli 1919 hat Kl. Klage erhoben. Sie hat zunächst beantragt, die Bekl. zur Lieferung zu verurteilen, alsdann den eventuellen Antrag gestellt, die Bekl. zum Ersatz des entstandenen Schadens in Höhe von 4500 ℳ zu verurteilen. Das KG. hat den Anspruch auf Schadensersatz dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Die Bekl. hat mit Erfolg Revision eingelegt. Gründe: Den Einwand der Bekl., daß wegen der Länge der Zeit, welche Kl. habe verstreichen lassen, ehe sie auf das Geschäft zurückgekommen sei, der Vertrag als aufgehoben zu gelten habe, hat der Vorderrichter mit der Begründung zurückgewiesen, es könne allerdings unter Umständen langes Schweigen des Gläubigers als Verzicht auf die bedungene Leistung und verspätete Erhebung eines Anspruchs als Verstoß gegen Treu und Glauben aufzufassen sein; es hänge das wesentlich von den Umständen des Einzelfalles ab; hier könne das nicht angenommen werden; auch wenn Kl. die Dringlichkeitsbescheinigung der Bekl. nicht zugesandt haben sollte, sei die Zeit von 6 Monaten zu kurz, als daß in dem Schweigen der Kl. ein Verzicht oder in der Erhebung des Anspruchs ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu befinden wäre; es sei zu berücksichtigen, daß nach dem Abschluß des Vertrages der Umsturz eingetreten sei, der Unsicherheit aller Verhältnisse und Zurückhaltung des Handels zur Folge gehabt habe; das und das Steigen der Preise spreche gegen einen Verzicht; habe Bekl. sich durch die Ungewißheit beschwert gefühlt, so wäre es ihre Sache gewesen, sich zu rühren. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Bekl. meint, daß ihr wegen des inzwischen eingetretenen Umschwunges der Verhältnisse die Lieferung der Ware nicht mehr habe zugemutet werden können. Dazu hat der Vorderrichter gesagt: Die Ansicht der Bekl., daß der Vertrag durch nachfolgende Unmöglichkeit aufgelöst worden sei, treffe nicht zu; das könne nur angenommen werden, wenn durch den Umsturz eine völlige Umgestaltung der Verhältnisse und eine so wesentliche Erhöhung der Preise herbeigeführt worden sei, daß die Erfüllung des Vertrages für die Bekl. ihren wirtschaftlichen Zusammenbruch zur Folge haben würde; das sei nicht behauptet worden. Mit Recht beanstandet das die Revision. Es kommt darin eine Auffassung zur Geltung, die nach jeder Richtung zu eng erscheint. Der Vorderrichter hätte die Sachlage nicht nur aus dem Gesichtspunkte der Unmöglichkeit, sondern vor allem auch daraufhin seiner Beurteilung unterziehen sollen, ob der Bekl. nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf Verkehrssitte Erfüllung noch zuzumuten war. Und nach anderer Richtung ist es zu eng, wenn die Ent-

---

Zu 2. Eine Entsch., die in vorausschauender Sorgsamkeit das Fundament ebnet, auf dem die Rechtsprechung aufbauen kann. Der Senat hätte es sich leichter machen und insbesondere die Frage des geschäftlichen Ruins „dahingestellt sein" lassen können. Statt dessen hat er dankenswerterweise diesen Punkt ausführlich behandelt, und zwar in Anlehnung an die Auffassung des 7. ZS., entgegen der — zu mißbilligenden — Auffassung des 3. ZS. Letztere ist durch Matthießen (LZ. 1921, 253) als unhaltbar nachgewiesen worden. Im Anschluß an Matthießen hat der 7. ZS. (JW. 1921, 833) erklärt: „Eine allgemeine Regel dahin, daß eine Befreiung von der Leistungspflicht nur dann zu gewähren sei, wenn die Vertragserfüllung, sei es auch nur mittelbar, ganz oder nahezu den geschäftlichen Ruin des Leistungspflichtigen zur Folge haben würde, läßt sich nicht aufstellen." In meiner Anmerkung zu obigem Urteil des 7. ZS. (JW. 1921, 833) habe ich die Rechtslage auf folgende Formel zu bringen versucht:

„Der geschäftliche Ruin des Schuldners ist für die Befreiung von der Lieferungspflicht weder erforderlich noch ausreichend; er ist nichts weiter als ein für den Gesamttatbestand wesentlicher Umstand."

Mit dieser Formel decken sich die obigen Darlegungen des 2. ZS.

Eine erfreuliche Klärung bringt ferner die Erörterung, mit der der 2. ZS. das Wesen der neuen Rechtsbildung zusammenfaßt (im Anschluß an Krückmann[1]) JW. 1921, 1448, dessen vorwärtswuchtende Lehre den höchstrichterlichen Standpunkt entscheidend beeinflußt hat, am deutlichsten erkennbar im obigen Urteil, sowie in RG. 103, 333): „Die Geltung der clausula rebus sic stantibus rechtfertigt sich aus dem Wesen des Synallagma. Beim synallagmatischen Vertrage ist davon auszugehen, daß die Parteien, die einen solchen

---

1) Ich räume ein, daß manches von dem, was ich gegen Krückmann geschrieben habe, von Irrtum beeinflußt war, und daß ich erst durch seinen Aufsatz in JW. 1921, 1447 („Mißverständliches zur clausula rebus sic stantibus") eines Besseren belehrt worden bin.

scheidung ganz nur darauf abgestellt ist, ob die Erfüllung zum wirtschaftlichen Zusammenbruch des Schuldners geführt hätte. Gewiß war das nicht behauptet und konnte hier offenbar nicht behauptet werden. Aber so durchschlagend auch da, wo es gegeben ist, dieses Moment immer sein wird, so ist es doch nicht unerläßlich. Denn offenbar wird mit ihm der Grundgedanke der clausula rebus sic stantibus, der Gedanke, der sie und ihre Wirkung zugleich rechtfertigt, nicht getroffen. Schon deshalb nicht, weil es zu einer Differenzierung führen muß, je nachdem, ob man einen vermögenden Schuldner vor sich hat, oder einen Mann, der nichts besitzt. Vor allem aber ist gerade umgekehrt im allgemeinen davon auszugehen, daß der Schuldner daraus, daß ihn die Leistung ruinieren müßte, ein Recht, sie zu weigern, nicht herleiten kann. Selbst wenn es zum Konkurse kommt und der Schuldner sein Alles hergibt, bleibt er nichtsdestoweniger schuldig. Und das gilt auch von dem, der bei Eingehung der Schuld in entsprechender Vermögenslage war und erst durch Umschwung der Verhältnisse in die Lage versetzt worden ist, rebus sic stantibus nicht leisten zu können, ohne sich vollends zu ruinieren. Eher rechtfertigt die Geltung der Klausel sich aus dem Wesen des Synallagma, dem Wesen des gegenseitigen Austauschvertrages, wie ja auch in unzähligen Fällen über den Einwand aus der Klausel entschieden werden kann und entschieden worden ist, ohne ein anderes Schuldverhältnis des in Anspruch Genommenen als eben nur das zur Entscheidung Stehende, ins Auge zu fassen. Beim synallagmatischen Vertrag ist davon auszugehen, daß die Parteien, die einen solchen eingehen, damit einen redlichen Umsatzvertrag schließen wollen, in dem jeder Teil bereit ist, dem anderen eine Leistung zu gewähren, in welcher dieser den vollen Gegenwert für seine Leistung erblickt. Richtig ist, daß im allgemeinen hierbei ein jeder für sich sorgen und dem anderen seine Sorge überlassen darf, und daß der Vertrag einzuhalten ist, auch wenn der eine oder der andere, vielleicht auch beide sich in den Ereignissen, vergangenen oder zukünftigen, verrechnet haben. Anders aber ist es, wenn die Ereignisse zugleich die Wertverhältnisse, insbesondere den Wert des Geldes dermaßen umgestalten, und damit die Werte der im gegebenen Fall zugesagten Leistungen im Verhältnis zueinander so verschieben, daß der Schuldner für seine Leistung eine Gegenleistung erhalten würde, in der ein Äquivalent, das doch nach Absicht des Vertrages darin liegen soll, auch annähernd nicht mehr erblickt werden könnte. Der Gläubiger verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er unter solchen Umständen auf der Leistung besteht. Wenn in einzelnen Urteilen des RG. entscheidende Bedeutung darauf

---

eingehen, damit einen redlichen Umsatzvertrag schließen wollen, in dem jeder Teil bereit ist, dem anderen eine Leistung zu gewähren, in welcher dieser den vollen Gegenwert seiner Leistung erblickt." ... „Wenn die Ereignisse den Wert des Geldes dermaßen umgestalten, daß der Schuldner für seine Leistung eine Gegenleistung erhalten würde, in der ein Äquivalent auch annähernd nicht mehr erblickt werden kann, dann verstößt der Gläubiger gegen Treu und Glauben, wenn er unter solchen Umständen auf Leistung besteht."

Am Schluß meiner Anmerkung zu dem Urteil des 7. ZS. JW. 1921, 833 habe ich darauf hingewiesen, daß nicht nur zu prüfen ist, „was der Schuldner leisten kann, sondern auch, was der Gläubiger billigerweise fordern darf", und ich habe betont, daß dieser Gesichtspunkt vom RG. nicht ausreichend beachtet worden ist. In der obigen Entsch. prüft nunmehr der 2. ZS. die Frage der Zumutbarkeit auch vom Standpunkt des Gläubigers: „Der Gläubiger verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er unter solchen Umständen auf der Leistung besteht." So hat in einem Urteil, das ebenfalls im November 1921 gefällt worden ist, der 3. ZS. (JW. 1922, 483) erklärt, die Leistung könne „ohne Verstoß gegen die Vertragstreue und die Grundsätze der §§ 157, 242 BGB. nicht mehr gefordert werden". Stets ist das Gesamtbild des Falles der Betrachtung zugrunde zu legen. Hat z. B. ein Exporteur von einem Fabrikanten eine Maschine gekauft, und zwar, wie er dem Fabrikanten mitgeteilt hat, zwecks Lieferung ins Ausland, dann verstößt der Exporteur, der selbst unter allen Umständen liefern muß, keinesfalls gegen Treu und Glauben, wenn er seinerseits auf Erfüllung besteht, mag auch der Fabrikant „für seine Leistung eine Gegenleistung erhalten, in der ein Äquivalent nicht mehr erblickt werden kann".

Als der neue Rechtsgedanke, von dem die höchstrichterliche Judikatur beherrscht ist, auftauchte, da haben Darboven, Dove, Katz und Reichel davor gewarnt, „die Vertragstreue mit Füßen zu treten" (Dove JW. 1920, 962). Was der 2. ZS. in obigem Urteil zum Ausdruck bringt, ist geradezu ein Hymnus auf die — richtig verstandene — Vertragstreue. Solange wir in Deutschland angesichts der obwaltenden Währungsverhältnisse einen sicheren Wertmaßstab nicht besitzen, müssen die Verträge in weitem Umfange durch die Gerichte daraufhin kontrolliert werden, ob bei ihrer Erfüllung beobachtet wird „die Rücksichtnahme auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte". Die geheimen Kräfte der Wirtschaftsgesetze, die als Nachwirkung des von uns durchlebten Zusammenbruchs am Werke sind, konnten in ihren Einzelerscheinungen von niemandem geahnt werden. RG. in JW. 1922, 482 enthält einen Satz, der notwendigerweise einmal vom höchsten Gerichtshof ausgesprochen werden mußte:

> „Niemand konnte voraussehen und hat vorausgesehen, daß diese Schwierigkeiten eine das deutsche Wirtschaftsleben in seinen Grundfesten erschütternde Entwicklung nehmen würden."

Eine Zusammenstellung dessen, was alles in den letzten Jahren seitens der Instanzrichter als „voraussehbar" bezeichnet worden ist, würde ein denkwürdiges Dokument darstellen. Eine Entwicklung, die gleich einer Springflut unser Volk überrascht hat, darf nimmermehr einer einzelnen Vertragspartei aus dem Gesichtspunkt mangelnden Vorausschauens zur Last gelegt werden. Daß Lieferungsverpflichtungen auch in der kritischsten Zeit übernommen wurden, war volkswirtschaftlich gesund: Hätte eine Ahnung der künftigen Ereignisse die Gesamtheit unserer Kaufleute und Industriellen mit träger Resignation erfüllt, dann würde eine namenlose Wirtschaftskatastrophe eingetreten sein. Es ist nicht angängig, ohne besonderen, höchst gewichtigen Anlaß die — wenn auch noch so optimistischen — Übernehmer von Verpflichtungen aus mangelnder Voraussicht festzulegen. In seiner Anmerkung zu obigem Urteil des RG. in JW. 1922, 482 erklärt OGLRat Prof. Dr. Rabel, der vom 3. ZS. des RG. aufgestellte Satz, daß niemand die fragliche Voraussicht gehabt habe, treffe zwar „den entscheidenden Gesichtspunkt", sei aber unrichtig. Rabel fährt fort:

> „Niemand? Diese Meinung scheint beim RG. auch in anderen Senaten verbreitet zu sein. Vermutlich will sie den Ton darauf legen, daß sich niemand so recht den Umfang besonders des später eingetretenen Marksturzes vorgestellt habe. In Erinnerung an eigene Gespräche der damaligen Zeit bezweifle ich dies."

Es mag sein, daß einige wenige Geister die Ereignisse vorausgesehen haben, von denen das RG. annimmt, daß „niemand sie voraussehen konnte und vorausgesehen hat". Es fragt sich nur, ob unseren Kaufleuten und Industriellen ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, daß ihnen ein solcher Grad prophetischer Erleuchtung versagt geblieben ist.

Nachdem nunmehr der Standpunkt des RG. klar zutage liegt, muß die Zahl der Rechtsstreitigkeiten allmählich abnehmen. Höchst bedeutsam ist in dieser Hinsicht das vom 2. ZS. in RG. 103, 333 aufgestellte neue Gebot: „Bevor der Schuldner wegen grundsätzlicher Verschiebung des Wertverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung vom Vertrage zurücktritt oder den Vertrag kündigt, hat er den Gläubiger zur Erhöhung der Leistung aufzufordern; erst wenn dieser sich weigert, ist er frei." Hier wird ein glücklicher Weg eingeschlagen, der in zahlreichen Fällen, in denen sonst nur ein konstitutives (Gestaltungs-) Urteil helfen könnte, zu einer gerechten Lösung führt.

In der gleichen Richtung bewegt sich das Urteil des 2. ZS. RG. 103, 415, wo gegen beide Vorinstanzen (LG. und OLG. Hamburg) dargelegt wird: Beim Lieferungskauf ist die Klausel „Preise freibleibend" dahin auszulegen, daß der Käufer verpflichtet ist, die Ware gegen Zahlung eines höheren Preises abzunehmen. Der höhere Preis ist nicht etwa der „angemessene" Preis, sondern der Preis, der sich bestimmt nach dem Verhältnis der Konjunktur bei Vertragsabschluß zur Konjunktur bei Lieferzeit. Damit wird also „der Veränderung der allgemeinen Preisverhältnisse Rechnung getragen, ohne daß deshalb das konkrete, im Abschluß des Vertrages liegende Spekulationsmoment preisgegeben wird". Durch dieses Urteil hat der 2. ZS. des RG. seine Rechtsprechung zur Frage der schwebenden Lieferungsverträge ergänzt. Die höchstrichterliche Auslegung der Klausel „Preise freibleibend" stellt den Schutz der deutschen Industrie in den Vordergrund. Der Fabrikant bedarf, wie RG. 103, 416 zutreffend betont, „der Lieferungsverträge auf lange, oft sehr lange Zeit hinaus, um seinem Betriebe die Beständigkeit zu verleihen, die ihn rationell macht". Der Exporteur allerdings wird sich auf die Klausel „Preise freibleibend", so wie sie nunmehr vom RG. ausgelegt wird, nicht mehr einlassen können, denn er vermag im Regelfalle seinen ausländischen Abnehmer nicht zu bewegen, gleitende Preise hinzunehmen.

RA. Dr. Alfred Rosenthal, Hamburg.

gelegt worden ist, ob den Schuldner die Leistung wirtschaftlich ruinieren würde, so steht das dem Gesagten insofern nicht entgegen, als in den dortigen Fällen der Bekl. sich tatsächlich darauf berufen hatte, und es ist verständlich, daß gegenüber der Schwierigkeit, hier die Grenze richtig zu ziehen, diesem Umstand leicht das entscheidende Gewicht zufällt. So lag es in dem Fall, den der III. Senat im Urteil (RG. 100, 135 ff.[1])) entschieden hat. In dem Urteil desselben Senats (RG. 102, 273) wird allerdings ganz allgemein ausgesprochen, daß erst dann, wenn die Vertragserfüllung sich wirtschaftlich als unmöglich erweist, erst dann, wenn sie, sei es allein, sei es im Verein mit anderen gleichartigen Verbindlichkeiten, den Lieferanten geschäftlich vernichten oder doch an den Rand des geschäftlichen Ruins bringen würde, die Klausel durchschlagen könne, und in unmittelbarem Anschluß daran wird der allgemeine und treffende Gedanke, daß von ehrbaren Volkskreisen nicht verstanden werden und mit ihrem Gerechtigkeitsgefühl in Widerspruch treten würde, wenn alle Vorteile der neuen, bei dem Vertragsschlusse nicht vorhersehbaren wirtschaftlichen Verhältnisse dem einen Teil allein zukommen sollten, auf den Fall beschränkt, daß dabei der andere Teil wirtschaftlich zugrunde gehen würde. Aber auch hier geht im Fortgang der Begründung das Gericht auf die weiteren Momente des Tatbestandes ein und erwägt, daß die Preissteigerung und der mit der Erfüllung verbundene Verlust, wie sie hier vorliegen, allein nicht genügen würden, den Einwand zu rechtfertigen. Daß der Senat ganz allgemein den — um es kurz auszudrücken — wirtschaftlichen Ruin schlechthin zur Voraussetzung der clausula hat erheben wollen, muß um so mehr bezweifelt werden, als es sich dadurch mit vorausgegangenen Entscheidungen des RG. in offenen Widerspruch gesetzt und nicht ohne Anrufung der vereinigten Senate hätte entscheiden können. (RG. 93, 341; 94, 68; 100, 264[2]). Vgl. auch Entsch. des II. Senats RG. 99, 259.) Mag dem aber sein, wie ihm wolle. Die Revision kann in diesem Punkte unter allen Umständen keinen Erfolg haben, weil nach Lage der Sache die Zurückweisung des Einwandes aus anderen Gründen gerechtfertigt erscheint. Die Forderung, gegen welche die Bekl. sich sträubt, beträgt 4500 M. Sie hat die Ware frei Waggon ab Werk so verkauft, daß die Verladung sofort erfolgen sollte. Die Ware mußte danach fertig zur Verfügung stehen, und es war Sache der Bekl., sie der Kl. zur Verfügung zu halten, als die Verladung sich verzögerte. In dieser ihrer Verbindlichkeit wurde sie dadurch nicht im geringsten beschwert, daß sich in der Zwischenzeit die Verkehrsverhältnisse veränderten. Schließlich ist zu beachten, daß in letzterer Beziehung die Bekl. sich darauf beschränkt hat, zu behaupten, daß die Herstellungskosten auf das Doppelte gestiegen waren. Das würde auch, abgesehen von allem anderen, nicht ausreichen, den Einwand zu begründen. Dagegen unterliegt das Urteil einem weiteren Angriff der Revision. Die Bekl. hatte sich darauf berufen, daß sie nicht in Verzug gekommen sei, weil sie erst hätte liefern können, nachdem ihr von der Kl. die zugesagte Dringlichkeitsbescheinigung zugegangen war. Darauf hatte diese nicht ohne inneren Widerspruch erwidert, einmal, daß sie die Bescheinigung zugesandt, dann auch wieder, daß die Bekl. auf sie verzichtet habe. Welche Bewandtnis es mit dieser Dringlichkeitsbescheinigung hatte, inwiefern sie notwendig war, namentlich auch noch notwendig war, als die Kl. im Mai 1917 auf die Sache zurückkam, von wem sie auszustellen war und inwiefern Kl. Anwartschaft auf sie hatte, diese, und ähnliche sich aufdrängende Fragen sind nicht aufgeklärt worden. Anderseits fällt auf, daß die Bekl. auf die Bescheinigung nicht weiter gedrungen zu haben scheint, auch nicht, als sie von der Kl. gedrängt wurde, zu liefern. Der erste Richter hatte von seinem Standpunkt aus keine Veranlassung hierauf einzugehen, wohl aber das BG., das aber diesen Einwand ganz mit Stillschweigen übergeht. Da er rechtlich begründet erscheint, weil die Bekl. nicht in Verzug gekommen ist, wenn sie ohne den von der Kl. beizubringenden Schein nicht verladen und absenden konnte und aus diesem Grunde die Lieferung unterblieben ist, bedarf die Sache noch weiterer Aufklärung.

(M.-GmbH. w. H., U. v. 29. Nov. 1921; 247/21 II. — Berlin.) [B.]

[1]) JW. 1921, 23.
[2]) JW. 1921, 1543.

****3.** Wann gehören Vereinbarungen, die bei einem Grundstücksübereignungsvertrag getroffen sind, zu dessen der Form des § 313 BGB. unterworfenem Bestandteil? — Wann ist anzunehmen, daß die Vertragschließenden die einem Dritten erteilte Auflassungsvollmacht auch bei Kenntnis der Nichtigkeit des Kaufvertrages wegen Nichterfüllung der Form des § 313 BGB. erteilt hätte?]†)

Die Rechtsprechung des RG. geht allerdings aus von dem Satze, daß dem Formzwange des § 313 BGB. nicht nur die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke unterliegt, also nicht bloß der einzelne, auf diese Übertragung gerichtete Vertragsbestandteil, sondern der gesamte Grundstücksveräußerungs*vertrag*, d. h. alle Vereinbarungen, aus welchen sich nach dem Willen der Parteien das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt, insbesondere also bei entgeltlichen, gegenseitigen Veräußerungsverträgen auch diejenigen, welche die Gegenleistungen des Erwerbers betreffen; daß dagegen, wenn unter den Parteien aus Anlaß des Grundstücksveräußerungsvertrags noch andere Vereinbarungen getroffen sind, welche weder zu der Eigentumsübertragungspflicht des Verkäufers, noch zu den Gegenleistungen des anderen Teils in inneren Beziehungen stehen, diese nicht unter die Formvorschrift des § 313 BGB. fallen (RG. 51, 181; 72, 2[1])). An diesem Ausgangspunkte muß festgehalten werden. Dafür aber, ob eine einzelne Vereinbarung in diesem Sinne Bestandteil des Grundstücksveräußerungsvertrags ist, entscheidet, wie das RG. auch bereits ausgesprochen hat, zunächst die erklärte Vertragsabsicht der Parteien, und es spricht, wenn äußerlich voneinander getrennte Verträge abgeschlossen sind, sei es, daß sie in verschiedenen Urkunden niedergelegt oder ein Teil von ihnen nur mündlich abgeschlossen ist, zunächst eine tatsächliche Vermutung dafür, daß sie auch nach dem Vertragswillen der Parteien nicht als ein einheitlicher Vertrag, sondern als verschiedene selbständige Geschäfte abgeschlossen sind, und dies gerade durch die Trennung zum Ausdruck gebracht werden sollte. Zur Widerlegung dieser Vermutung genügt nicht der Nachweis eines *wirtschaftlichen* Zusammenhanges und der *gleichzeitige* Abschluß der Geschäfte; vielmehr steht es den Parteien frei, auch wirtschaftlich zusammengehörige und gleichzeitig abgeschlossene Geschäfte als rechtlich selbständig und voneinander unabhängig zu behandeln (RG. 79, 439). Nur wenn sich ergibt, daß trotz der äußerlichen Trennung die Vertragsparteien den rechtlichen Zusammenhang in dem Sinne gewollt haben, daß der Grundstücksveräußerungsvertrag nur zusammen mit den darin nicht beurkundeten Vereinbarungen Geltung haben, diese also noch mit zu den Leistungen aus dem Grundstücksveräußerungsvertrage auf der einen oder der anderen Seite gehören sollten, dann allerdings liegt es nicht in ihrer Macht, einen Teil des zusammenhängenden Rechtsgeschäfts unbeurkundet zu lassen, ohne daß das ganze Rechtsgeschäft dadurch nichtig wird (RG. 61, 267; 97, 221[2])). — Ein mit dem Grundstücksveräußerungsvertrage in „engstem unmittelbaren" rechtlichem Zusammenhange stehender Bestandteil der gegenseitigen Leistungen ist in RG. V 502/12 gefunden worden in der Übernahme der Pflicht zur Instandsetzung des

Zu 3. A. Die erste Frage: Wann gehören Vereinbarungen, die bei einem Grundstücksübereignungsvertrag getroffen sind, zu dessen der Form des § 313 BGB. unterworfenen Bestandteilen? wird im wesentlichen Anschluß an die bisherige Rechtsprechung dahin beantwortet, daß es darauf ankomme, ob von den Parteien durch *übereinstimmende* ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung der Abschluß des einen Geschäfts zur Bedingung für den Abschluß des anderen Geschäfts gemacht worden ist. Der Wille einer Partei genügt allein nicht.

Auf die zweite Frage: „Wann anzunehmen ist, daß die Vertragschließenden die einem Dritten erteilte Auflassungsvollmacht auch bei Kenntnis der Nichtigkeit des Kaufvertrages wegen Nichterfüllung der Form des § 313 BGB. erteilt hätten?" ist eine bestimmte Antwort nicht erteilt. Aber dankenswert ist schon, daß das RG. aus eigener Initiative die Entsch. in RG. 94, 147 einer Nachprüfung unterzogen hat, noch ehe *Fischer* sie in seinem Aufsatze „Auflassungsvollmacht im Scheinkaufvertrage (JW. 1922, 192) als dringender Nachprüfung bedürftig bezeichnet hat. *Fischer* hat dort dem Grundsatze jener Entscheidung: „Es läßt sich auch nicht denken, daß die Vertragspartei die Vollmacht selbst dann erteilt haben würde, wenn sie das Kaufgeschäft als nichtig angesehen hätte" den entgegengesetzten Grundsatz gegenübergestellt: „Die Parteien haben tatsächlich

[1]) JW. 1909, 457.
[2]) JW. 1920, 879.

verkauften Hauses durch den Verkäufer; ferner in V 363/12 in der Übernahme der Verpflichtung des Käufers zum Bezuge von Bier aus der Brauerei des Verkäufers; in V 436/13 in der Übernahme der Garantie für ein bestimmtes Mieterträgnis durch den Verkäufer. Ein solcher Zusammenhang ist ferner angenommen zwischen mehreren äußerlich getrennten und je einen selbständigen Vertrag darstellenden, auch wesensungleichen Geschäften (zwei Kaufverträge, Kauf- und Mietvertrag), wenn nach dem Willen der Vertragsparteien das eine von dem anderen rechtlich abhängig, also der Abschluß oder das Bestehen des einen durch den Abschluß oder das Bestehen des anderen ausdrücklich oder stillschweigend bedingt war; so namentlich in dem Urteile des erkennenden Senats v. 29. Nov. 1919 (JW. 1920, 374), ein Grundstückskaufvertrag und ein mit ihm zusammenhängender Mietvertrag. Mit Unrecht aber meint der BR. unter Bezugnahme auf dieses Urteil, daß ein solcher Zusammenhang in dem vorliegenden Falle von ihm festgestellt sei. Denn er unterstellt, daß der Kl. seinerseits zwar nicht das Vieh ohne den Grundbesitz, wohl aber den Grundbesitz ohne das Vieh gekauft haben würde, und er sieht nur als festgestellt an, daß die Bekl. ihrerseits weder das Grundstück ohne das Vieh, noch das Vieh ohne das Grundstück verkauft haben würde. Daß diese Willensrichtung der Bekl. bei den Vertragsverhandlungen auch nur in einer für den Kl. nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte nicht zu verkennenden Weise hervorgetreten und dadurch zur stillschweigenden Vertragsbedingung geworden wäre, ist nicht festgestellt. Es würde also, soweit bisher festgestellt, nur ein nicht zum Vertragsinhalt gewordener Beweggrund oder eine einseitige Voraussetzung vorliegen, die rechtlich nicht in Betracht kommen kann (vgl. RG. V 260/20, Urteil v. 24. Nov. 1920). Etwas anderes ist auch aus dem Urteile RG. 97, 220, 221[3]) nicht zu entnehmen. Wenn dort gesagt ist, die Frage, ob ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft vorliege, be-

---

und offenbar die Vollmacht erklärt, obwohl sie die Scheinnatur des Kaufvertrages kannten. Es läßt sich nicht anders denken, als daß die Vertragspartei die Vollmacht erteilt habe, obwohl sie den notariellen Kaufvertrag als nichtig ansah." Das Abrücken des RG. in der vorliegenden Entsch. von dem RG. 94, 147 entschiedenen Falle ist so dankenswert, daß über die Frage, ob der neuerliche Fall von dem früher entschiedenen verschieden gelagert sei, nicht gerechtet werden soll.

Geh. JR. Dr. Eugen Fuchs, Berlin.

B. Da dieses Urteil noch von anderer Seite, wenn auch in einem mir nicht bekannten Sinne, besprochen wird, so beschränke ich meine Bemerkung auf sein Verhältnis zu dem Urteile desselben Senats v. 13. Nov. 1918, welches ich, ohne Kenntnis von diesem neuen Urteil gehabt zu haben, in JW. 1922, 191 bekämpft habe.

Auch in dem durch dieses jüngste Urteil in die Berufungsinstanz zurückgewiesenen Falle wird es sich letzten Endes darum handeln, ob die in Verbindung mit einem notariellen Grundstückskaufvertrage, der eine unwahre, zu niedrige Preisangabe enthält, erteilte Auflassungsvollmacht nichtig ist, wenn auch bei der jetzt zunächst erlassenen Entscheidung diese Frage nicht im Vordergrunde stand und vom Reichsgericht nicht grundsätzlich positiv entschieden wurde, sondern zunächst der Entscheidung des Berufungsgerichts überlassen ist.

Indessen ergeben sich doch erhebliche Anzeichen dafür, daß der Senat die in den Urteilen v. 13. Nov. 1918 und 25. Juli 1921 entwickelten Anschauungen jedenfalls als allgemeingültige und in jedem derartigen Falle Platz greifende nicht aufrechterhalten will.

Er sagt, daß der Satz des früheren Urteils v. 13. Nov. 1918, es lasse sich nicht denken, daß die Parteien die Vollmacht selbst dann erteilt haben würden, wenn sie das Kaufgeschäft als nichtig angesehen hätten, welchen ich als einen in jedem Falle maßgebend sein sollenden aufgefaßt und von diesem Standpunkte bekämpft hatte, sich ersichtlich nur auf den damals entschiedenen Fall bezogen habe, also auf dessen besonderer Lage beruhe.

Vor allem wird in Übereinstimmung mit meinen Ausführungen unumwunden anerkannt, daß eine formlose Auflassungsvollmacht zur Ausführung eines nur mündlich geschlossenen und deshalb formnichtigen Grundstückskaufvertrages vollgültig ist, und daß durch die von einem so Bevollmächtigten vollzogene Auflassung und Eintragung die Form des Kaufvertrages geheilt und der Eigentumsübergang wirksam vollzogen wird.

Von diesem Standpunkte ist es zu würdigen, wenn der Senat es zunächst dahingestellt läßt, ob es nicht auch bei zu niedriger Beurkundung des Kaufpreises unter Umständen denkbar wäre, daß die Parteien die Vollmacht bei Kenntnis der Nichtigkeit erteilt haben würden, um durch die Auflassung den Vertrag mit dem mündlich vereinbarten Preise zur Geltung zu bringen. Es ist damit jedenfalls der Satz von der Undenkbarkeit einer solchen Annahme, als apodiktischer und allgemeingültiger aufgegeben, wenn er jemals so gemeint sein sollte. Die Instanzgerichte sind von dem Drucke des Urteils v. 13. Nov. 1918 befreit.

Ein Urteil des LG. Paderborn v. 7. Jan. 1922 sagt: „Neben dem notariellen Kaufvertrag läuft ein mündlich abgeschlossener Kaufvertrag, worin der Kaufpreis auf die wirklich gewollte Höhe vereinbart ist. Zwar ist in diesem Kaufvertrage eine Auflassungsvollmacht nicht erteilt, vielmehr befindet sich diese in dem notariellen Kaufvertrage. Jedoch ist sie bei dem gegenseitigen Einverständnisse beider Vertragsteile darüber, daß der notariell vereinbarte Kaufpreis nicht gelten solle, nicht als zur Ausführung des notariellen Kaufvertrages bestimmt anzusehen, sondern zur Ausführung des mündlich vereinbarten Kaufvertrages. Bildet die Erteilung der Auflassungsvollmacht in dem notariellen Kaufvertrage somit ein selbständiges Rechtsgeschäft mit eigener Bedeutung, so wird sie von der Nichtigkeit des notariellen Kaufvertrages nicht erfaßt. Ist die Auflassungsvollmacht mithin wirksam erteilt, so ist auch die Auflassung gültig. Infolge der wirksamen Auflassung und der ihr nachgefolgten Eintragung hat der mündlich abgeschlossene Kaufvertrag Wirksamkeit erlangt."

Ein Urteil des LG. Flensburg v. 18. Febr. 1922 führt aus: „Freilich haben die Parteien den eigentlichen Kaufvertrag, wie er in der notariellen Urkunde enthalten ist, nicht gewollt, dagegen ebenso zweifellos gewollt, daß das Grundstück dem Beklagten aufgelassen werde.

Im Sinne hatten die Parteien bei allen ihren Erklärungen einzig und allein einen Kaufvertrag mit 16500 ℳ Kaufpreis. So hatten sie ihn mündlich abgeschlossen. Einen anderen Vertrag mit 14000 ℳ Kaufpreis haben sie überhaupt nicht abschließen wollen. Sämtliche notariellen Erklärungen sollten nur der Verwirklichung dieses mündlichen Vertrages dienen. Dessen Zweck und Sinn gipfelte aber darin, daß der Beklagte Eigentümer des Grundstücks werden sollte. Um diesen Zweck zu erreichen, hatten sie in der notariellen Urkunde die Auflassungsvollmacht erteilt. Deren Wortlaut ist rein abstrakt, es ist darin mit keinem Worte angedeutet, daß sie nur zur Ausführung des Vertrages in seiner notariellen Fassung erteilt werde. Sie steht lediglich mit diesem in einer und derselben Urkunde. Daraus aber kann ihre Nichtigkeit nicht hergeleitet werden. Die Auflassung herbeiführen wollten die Parteien jedenfalls. Den Kaufvertrag, wie er notariell beurkundet worden ist, wollten sie in Wirklichkeit nicht, sondern nur zum Schein. Somit muß es von vornherein als ausgeschlossen erscheinen, daß sie, wenn sie in der notariellen Urkunde Auflassungsvollmacht, und zwar zu dem zweifellosen Zwecke des Gebrauchs beim Grundbuchamte erteilten, dies nur zur Ausführung des notariellen Vertrages, also eines Vertrages, den sie in Wirklichkeit gar nicht wollten, getan, die Ausführung des von ihnen wirklich gewollten mündlichen Vertrages aber einfach auf sich hätten beruhen lassen wollen. Die Verwirklichung ihrer mündlichen Vereinbarung, insbesondere die Herbeiführung des Eigentumsübergangs war der Endzweck ihrer notariellen Erklärungen. Erklären sie also, wenn auch mit einem Scheintexte des Vertrages in derselben Urkunde, die Auflassungsvollmacht zum Gebrauch beim Grundbuchamte, so kann ihnen nicht unterstellt werden, daß es ihnen dabei auf die Erreichung dieses Endzweckes gar nicht angekommen wäre, sondern nur auf die Ausführung des Scheintextes, den sie in Wirklichkeit gar nicht wollten. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Auflassungsbevollmächtigte in dem Auflassungsprotokolle dem Vordruck entsprechend erklärt haben wird, er überreiche die notarielle Urkunde über das der Auflassung zugrunde liegende Veräußerungsgeschäft, denn das ist eine Erklärung nicht der Parteien, sondern des Auflassungsbevollmächtigten, und selbst wenn er von den Parteien auch zu dieser Erklärung als bevollmächtigt anzusehen wäre, so wäre sie eben nur zum Scheine, dem Grundbuchamte gegenüber, erfolgt.

Wollten die Parteien aber die Auflassungsvollmacht schlechtweg ohne Rücksicht auf diesen Scheintext, so ist für eine Anwendung des § 139 BGB. überhaupt kein Raum. Vielmehr bleibt der ernstlich gemeinte Teil der im übrigen Scheinerklärungen enthaltenden Urkunde ohne weiteres zu Recht bestehen. Rechtlich enthält also diese Urkunde lediglich die notarielle Auflassungsvollmacht der Parteien. Ist sie gültig, so ist es auch die Auflassung selbst, und damit ist der bis auf den Kaufpreis mit dem notariellen gleichlautende mündliche Kaufvertrag gemäß § 313 BGB. als geheilt anzusehen."

Beide Entscheidungen haben sich zu dem Reichsgerichtsurteil v. 13. Nov. 1918, wenn man es als allgemeingültig auffaßt, bewußt in Gegensatz gestellt. Es steht aber nach Erlaß des Urteils v. 9. Dez. 1921 zu erwarten, daß, wenn die Berufungsgerichte sich den in diesen Urteilen enthaltenen tatsächlichen Feststellungen anschließen, die in diesen Entscheidungen niedergelegte Rechtsauffassung vom 5. Zivilsenat des Reichsgerichts nicht mehr beanstandet werden wird. Das Urteil vom 9. Dez. 1921 bedeutet einen Fortschritt, denn es hat den Weitermarsch auf einem nicht gangbaren Pfade aufgegeben.

Prof. Dr. Otto Fischer, Breslau.

---

[3]) JW. 1920, 374.

stimme sich danach, ob die Parteien das eine Rechtsgeschäft ohne das andere vorgenommen haben würden, so soll damit nicht der Wille einer Partei als maßgebend für die rechtliche Gestaltung des Rechtsgeschäfts erklärt, sondern der Gedanke zum Ausdruck gebracht werden, es komme darauf an, ob von den Parteien durch übereinstimmende ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung der Abschluß des einen Geschäfts zur Bedingung für den Abschluß des anderen Geschäfts gemacht worden ist. Das erhellt besonders deutlich aus dem nicht mitabgedruckten Teile des genannten Urteils, in welchem die von der damaligen Revision als übergegangen gerügte Behauptung gewürdigt wird, daß der Kl. den Kaufvertrag nur dann habe abschließen wollen, wenn sein Wohnungsrecht durch Abschluß des Mietvertrags gesichert würde, und daß der Bekl. sich dem gefügt habe. Der Senat führt aus, daß wenn beides zuträfe, wenn also nicht nur der Kl. den Abschluß des Kaufvertrags von dem gleichzeitigen Abschlusse des Mietvertrages habe abhängig machen wollen, sondern auch der Bekl. das erkannt hätte, dann die Annahme naheliegen würde, daß der Bekl. sich dessen wohl bewußt war, daß der Kaufabschluß vom gleichzeitigen Abschlusse des Mietvertrags abhängig sei. Eine derartige Willensrichtung des Kl. ist von dem BR. im vorliegenden Falle bisher nicht festgestellt. — Wenn der BR. aber ferner ausführt, an der sonach bestehenden inneren Beziehung der beiden Verträge werde auch dadurch nichts geändert, daß bei den Verhandlungen über den Preis die einzelnen Bestandteile des Vertrags zunächst besonders in Rechnung gestellt und der „Gesamtpreis" danach berechnet sei, so ist auch diese Ausführung nicht frei von Rechtsirrtum. Denn ein „Gesamtpreis", der eine rechtliche Einheitlichkeit der beiden äußerlich getrennten und zu getrennten Kaufpreisen abgeschlossenen Verträge begründen konnte, würde nur dann vorliegen, wenn festgestellt würde, daß in Wirklichkeit nicht für das Grundstück 9000 M, für das Vieh 5000 M als Kaufpreise vereinbart worden sind, sondern daß der Kaufpreis für die einheitlich gedachte Gesamtleistung von Grundstück und Vieh auf 14000 M berechnet worden ist, so daß der im Grundstücksveräußerungsvertrage beurkundete Preis von 9000 M sich nicht als die abredegemäße Gegenleistung darstellen und deshalb der Grundstücksvertrag nicht vollständig und richtig beurkundet sein würde (vgl. RG. V 99/15, 26. Juni 1915). Mit einer solchen Annahme ist aber die Feststellung des BR. nicht ohne weiteres zu vereinbaren, daß bei den Vertragsverhandlungen der Preis für das Grundstück und für das Vieh besonders in Rechnung gestellt worden sind, in Verbindung mit der weiteren Tatsache, daß diese Preise dementsprechend auch in den abgeschlossenen Verträgen gesondert festgesetzt sind. Auch daraus, daß der Kl. als Grund für die Nichterwähnung des Viehkaufs in dem Grundstücksvertrage glaubhaft die Kosten- und Stempelersparnis angegeben hat, konnte der BR. nicht ohne weiteres darauf schließen, daß der Grundstücks- und der Viehkaufvertrag ein einheitliches zusammengesetztes Rechtsgeschäft in dem oben erörterten Sinne gebildet haben; denn jene Absicht der Parteien konnte nur erreicht werden, wenn sie über das Grundstück und das Vieh zwei rechtlich selbständige Verträge abschlossen, und es liegt daher näher, anzunehmen, daß sie das zur Erreichung ihrer Absicht geeignete Mittel auch wirklich gewählt und ernstlich gewollt haben, was ihnen freistand. Der BR. nimmt aber weiter an, daß die durch den aus der nicht notariell erfolgten Beurkundung des Viehverkaufes sich ergebenden Formmangel nach seiner Ansicht begründete ursprüngliche Nichtigkeit des Grundstücksveräußerungsvertrages auch nicht gemäß § 313 Satz 2 geheilt worden sei durch die erfolgte Auflassung. Er führt in dieser Beziehung aus, in dem notariellen Kaufvertrage hätten beide Parteien den Bureauvorsteher Wilhelms bevollmächtigt gehabt, die zur Auflassung erforderlichen Erklärungen an ihrer Statt abzugeben bzw. entgegenzunehmen; diese Vollmacht habe zwar an sich keiner Form bedurft, sei aber bei der notariellen Beurkundung des Kaufvertrages mitbeurkundet und habe deshalb einen Bestandteil des Grundstücksveräußerungsvertrages gebildet, von dessen Nichtigkeit sie mit ergriffen worden sei; für die Ausnahmebestimmung des § 139 Halbsatz 2 sei kein Raum gewesen, da die Parteien die Auflassungsvollmacht nicht erteilt haben würden, wenn sie das Kaufgeschäft als nichtig angesehen hätten. Der BR. erklärt, dabei den in RG. 94, 147 aufgestellten grundsätzlichen Erwägungen zu folgen. Dem BR. kann jedoch nicht beigestimmt werden in der Annahme, daß der hier vorliegende Fall in allen Beziehungen gleich gelagert sei dem in RG. 94, 147 entschiedenen, in welchem eine in einem nichtigen Grundstücksveräußerungsvertrage mitbeurkundete Auflassungsvollmacht als von der Nichtigkeit des Hauptvertrages ergriffen und deshalb die auf Grund ihrer erfolgten Auflassung nicht als zur Heilung der Nichtigkeit des Grundstücksveräußerungsvertrags dienlich angesehen worden ist. Die damalige Entscheidung beruhte im wesentlichen auf der Erwägung, daß die Auflassungsvollmacht zur Ausführung des Kaufvertrags habe dienen sollen, und daß die Regelvorschrift des § 139 BGB. Platz greifen müsse, da sich nicht denken lasse, daß die Parteien die Vollmacht selbst dann erteilt haben würden, wenn sie das Kaufgeschäft als nichtig angesehen hätten. Dieser letzte Teil der Erwägung bezog sich ersichtlich nur auf den damals vorliegenden Fall und erklärt sich daraus, daß in dem damaligen Falle festgestellt war, daß der Kaufpreis in dem notariellen Vertrage unrichtig, nämlich zu niedrig, beurkundet war, und daß deshalb die Verkäufer, die sich dadurch benachteiligt fühlten, an dem Kaufvertrage so, wie er beurkundet war, nicht festhalten wollten. Im vorliegenden Falle ist zwar auch von der Bekl. behauptet, daß der Kaufpreis zu niedrig beurkundet worden sei; aber eine dahin gehende Feststellung ist bis jetzt nicht getroffen, und deshalb muß für die Revisionsinstanz unterstellt werden, daß der Kaufpreis so, wie er beurkundet, vereinbart war. Bei dieser Sachlage aber erscheint es keineswegs undenkbar, daß die Parteien, die zur Ausführung des Geschäfts bestimmte Auflassungsvollmacht auch erteilt haben würden, wenn sie die hier zu unterstellende Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrags gekannt hätten, die sich lediglich daraus ergab, daß nicht auch der Viehkaufvertrag notariell beurkundet worden ist. Denn diese Nichtigkeit würde ihrem damaligen Vertragswillen nicht entsprochen haben, der dahin ging, daß beide Verträge, so wie sie vereinbart waren, auch wirksam werden und ausgeführt werden sollten. Es liegt deshalb nahe, anzunehmen, daß die Vertragsparteien die Auflassungsvollmacht auch und gerade dann erteilt haben würden, wenn sie davon Kenntnis gehabt hätten, daß der Grundstückskaufvertrag wegen der Nichtbeurkundung des Viehkaufs nichtig sei, aber diese Nichtigkeit durch die Vornahme der Auflassung geheilt werden könne. Die Sache würde dann nicht anders liegen wie in den zahlreichen Fällen, wo die Parteien einen Grundstückskaufvertrag mündlich oder unter Privatunterschrift abschließen in dem Bewußtsein, daß dieser Vertrag nichtig ist, aber mit der Absicht, durch Vornahme der Auflassung die Heilung der Nichtigkeit herbeizuführen. Sonach erscheint die Annahme des BR., daß der Ausnahmefall des § 139 Halbsatz 2 nicht vorliege, nicht hinreichend begründet. Ob es nicht auch bei zu niedriger Beurkundung des Kaufpreises unter Umständen denkbar wäre, daß die Parteien die Vollmacht bei Kenntnis der Nichtigkeit erteilt haben würden, um durch die Auflassung den Vertrag mit dem mündlich vereinbarten Preise zur Geltung zu bringen, braucht zur Zeit nicht entschieden zu werden.

(M. w. P., U. v. 7. Dez. 1921; 141/21 V. — Kiel. [Sch.])

4. Berücksichtigung der durch Feiertage eingetretenen Arbeitsüberlastung für die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige.]†)

Aus den Gründen: Die Ausführungen, mit denen das BG. eine Verspätung der Mängelanzeige darzutun sucht, sind zu beanstanden. Es unterstellt, daß die Ware, die am 7. Juni 1919, Sonnabend vor Pfingsten, gegen Mittag, in den Besitz der Bekl. gekommen sei, mit Rücksicht auf die durch das Pfingstfest veranlaßte mehrtägige Betriebsunter-

Zu 4. Auch in der Beantwortung der Einzelfrage, wann eine nach § 377 HGB. unverzüglich abzugebende Mängelanzeige noch rechtzeitig abgegeben ist, sind die großen Gegensätze erkennbar, die aus den beiden Stammwurzeln des Rechts hervorwachsen, aus der Zweckmäßigkeit und der Gerechtigkeit, die schließlich auf den Universalismus und den Individualismus überhaupt zurückgehen. Ob dieser Gegensatz als Erklärungs-, Vertrauens- und Willenstheorie, als Kausal- (Gefährdungs-) und Schuldhaftung, als realistische Methode der Auslegung der Rechtsgeschäfte (Danz) und Auslegung gemäß dem Parteiwillen, als Lehre von der Erheblichkeit des Rechtsscheines gegenüber der der Rechtswirklichkeit oder sonst in die Erscheinung tritt; die rechtswissenschaftliche Wertung der Tatbestände, mag es sich wie oben um Auslegung der lex lata oder um Neugestaltung dieser handeln, wird bei aller Eigenart der

brechung erst am Mittwoch den 14. Juni habe untersucht werden können, und hält die Mängelanzeige nur deshalb für verspätet, weil sie nicht noch am nämlichen Tage, sondern am 12. Juni abgesandt wurde. Diese Auffassung beruht auf einer Überspannung des Erfordernisses der Unverzüglichkeit, die im § 377 HGB. für die Mängelanzeige vorgeschrieben ist, und läßt auch eine erschöpfende Klarstellung des Sachverhalts vermissen. Der Handelsverkehr erfordert freilich eine rasche Erledigung der Geschäfte, und es muß deshalb auch mit der Unverzüglichkeit der Mängelanzeige streng genommen werden. Indessen kommt es doch immer auf die tatsächliche Lage an. Wenn nun auch, wie das BG. hervorhebt, die Untersuchung einfach war und wenig Zeit erforderte, und die Bekl. nach der mehrtägigen Betriebspause Anlaß zu beschleunigter Tätigkeit hatte, so bleibt doch die Tatsache bestehen, daß eben infolge des vorübergehenden Ruhens des Betriebes unerledigte Sachen sich anhäufen mußten, die nur nach und nach erledigt werden konnten. Die Bekl. hatte unter Beweis gestellt, daß ihr Disponent vor den Pfingsttagen beurlaubt worden und beim Wiederbeginn seiner Tätigkeit am 11. Juni 1919 mit Arbeit überlastet gewesen sei. Diese Behauptung hat das BG. mit Unrecht für unerheblich erklärt. Wenn eine solche, von der Bekl. nicht verschuldete Überlastung, die allerdings nach Art und Umfang noch näher darzulegen ist, wirklich bestand, so muß sie berücksichtigt werden, wenn es sich fragt, ob die Bekl. die Mängelanzeige unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern erstattet hat. Es läßt sich auch nicht, wie das BG. tut, ohne weiteres sagen, daß die Anzeige als eine dringliche und schnell zu erledigende Arbeit vorweggenommen werden mußte. Zu einer solchen Bevorzugung dieser Angelegenheit vor anderen unerledigten Geschäften hätte es eines besonderen Anlasses bedurft, der jedenfalls nur unter Berücksichtigung der übrigen damals vorliegenden Geschäfte nach Zahl und Art festgestellt werden könnte. Was insbesondere die Möglichkeit einer schnellen Erledigung betrifft, so ist auch zu berücksichtigen, daß es sich hier um den Betrieb einer Aktiengesellschaft handelt, und der Disponent der Bekl. sich naturgemäß nach dem Ergebnis der Untersuchung nicht nur selbst über die Frage der Mängelanzeige schlüssig machen, sondern auch mit dem Direktor der Gesellschaft besprechen mußte, was auch bei völlig ordnungsmäßigem Geschäftsgang eine gewisse Zeit in Anspruch nahm. Es bedarf also einer genauen Feststellung der damaligen Geschäftslage der Bekl. Demgemäß ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das BG. zurückzuverweisen. Bei der künftigen Verhandlung wird auch klarzustellen sein, wann die am 12. Juni abgesandte Mängelanzeige in die Hand des Kl. gekommen ist. Nach § 377 Abs. 4 HGB. genügt zur Erhaltung der Rechte des Käufers die rechtzeitige Absendung der Anzeige. Die Gefahr der Beförderung trifft also den Verkäufer, und er muß die Anzeige gelten lassen, auch wenn sie erheblich später bei ihm eintrifft, als nach dem regelmäßigen Verlauf zu erwarten gewesen wäre. Andererseits muß es aber auch genügen, wenn eine an sich verspätet abgesandte Anzeige durch die Wahl einer besonders schnellen Beförderungsart, z. B. eines Telegramms anstatt eines Briefes, noch rechtzeitig, d. h. so zeitig eintrifft, wie eine rechtzeitig, aber ohne diese Beschleunigung abgesandte Nachricht eingetroffen wäre. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der am 12. Juni abgesandte Eilbrief noch am gleichen Tage in die Hand des Kl. gekommen ist, und es ist möglich, daß auch ein am 11. Juni alsbald nach der Untersuchung abgesandter gewöhnlicher Brief erst im Laufe des 12. Juni bei dem Kl. eingelaufen wäre. Die Anzeige durch den Eilbrief v. 12. Juni müßte in jedem Falle als genügend angesehen werden, wenn sie so zeitig eingetroffen ist, wie, was nach den damaligen Verkehrsverhältnissen zu beurteilen ist, ein am 11. Juni abgesandter einfacher Brief voraussichtlich eingetroffen sein würde. Einer hiernach sich ergebenden Gleichzeitigkeit müßte aber nach Treu und Glauben auch der Fall gleichgestellt werden, wenn es sich um einen Unterschied von nur wenigen Stunden innerhalb des nämlichen Tages handelt, es müßte denn sein, daß aus besonderen vom Verkäufer darzulegenden Gründen das spätere Eintreffen der verspätet abgesandten Anzeige einen Nachteil für seine weiteren Verfügungen bedeutete.

(U. v. 14. Juni 1921; 531/20 III. — Dresden.) [Sch.]

5. Zur Gültigkeit des § 5a der MietSchVO. vom 23. Sept. 1918/22. Juni 1919 und der HöchstmietenVO. vom 9. Dez. 1919, insbesondere § 6. Inwieweit besteht für Mietzinsklagen der ordentliche Rechtsweg?]†)

Aus den Gründen: Das BG. verneint die Zulässigkeit des Rechtsweges, weil es an einer wesentlichen Prozeßvoraussetzung, einer Vorentscheidung des Mieteinigungsamtes (MEA.) über die Höchstmiete oder deren Grundlagen, die Friedensmiete, fehle. Diese Vorentscheidung hält es für notwendig, gleichviel ob Satz 2 Abs. 1 des § 6 der Anordnung des preußischen Volkswohlfahrtsministers v. 9. Dez. 1919 (HMVO.) für rechtsgültig anzusehen sei oder nicht. Diese Auffassung ist rechtsirrig. Die HMVO. stützt sich, soweit sie für den vorliegenden Rechtsstreit in Betracht kommt, auf § 5a der Mieterschutzverordnung v. 23. Sept. 1918/22. Juni 1919 (MSchVO.), nach welchem die Landeszentralbehörde mit Zustimmung des Reichsarbeitsministers a) Gemeindebehörden auch zu anderen als den in den §§ 2—5 bezeichneten Anordnungen ermächtigen oder b) solche Anordnungen selbst treffen darf. Von der Befugnis zu b hat der preußische Minister für Volkswohlfahrt, dessen Zuständigkeit „für bevölkerungspolitische Maßnahmen auf dem Wohnungsgebiete“

Concreta jene Wurzeln nicht übersehen dürfen. Auch in dem Wassertropfen ist das Leben des Ozeans.

Das Berufungsgericht läßt sich von einer die Zweckmäßigkeit überspannenden realistischen Tendenz leiten und verlangt, daß der Käufer gemäß § 377 HGB. das tue, was hier als absolute Forderung an ihn herantrete; er hätte daher am Mittwoch nach Pfingsten sofort nach erfolgter Untersuchung absenden müssen. Das RG., das unser Recht überall, wo der erwähnte Gegensatz hervorgetreten ist — und heute tritt die wirtschaftlich-materialistisch orientierte „realistische“ Auffassung im Zweckmäßigkeitsgewande besonders anspruchsvoll auf —, vor radikalem Modernismus geschützt hat, stellt sich auch hier auf den die Verhältnisse der betroffenen Partei gerecht abwägenden Standpunkt.

Der Begriff „unverzüglich“ ist seit der Legalinterpretation im § 121 BGB. aus rein objektiv-absoluten, realistischen Dimensionen in den für den Richter freilich stets schwieriger zu erfassenden, aber allein gerechten Bereich des Subjektiv-Relativen verpflanzt worden, indem er in der Voraussetzung der Schuld verankert wurde. Aber der § 377 HGB. zeigte sich schon in seinem Text deutlich als Vorläufer dieser Rechtsauffassung. Nach Abs. 1 hat die Untersuchung der Ware „unverzüglich nach der Ablieferung“ zu erfolgen. Diese Ausdrucksweise verbindet sich aber sofort mit dem einschränkenden Zusatz „soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist“. Wenn die besondere Lage des Käufers es fordert, darf die Untersuchung also auch hinausgeschoben werden. Sie bleibt darum doch rechtzeitig. Vgl. Rspr. OLG. 37, 53 f. S. a. RG. in JW. 1919, 325[1] und dazu dort Hachenburg mit weit. Judikatur. Freilich bildet der ordnungsmäßige Geschäftsgang den Maßstab. Aber dieser kann Rückstellung der Untersuchung hinter dringendere Geschäfte fordern. Daß der Käufer in seinem ordentlichen Geschäftsgange keine Einbuße erleiden dürfe, betont K. Lehmann, Lehrb. § 169. S. a. RG. in JW. 1919, 995[5].

Entsprechend ist die im vorliegenden Prozeß gegebene Frage zu beurteilen. Die Anzeige ist zwar im Vergleich mit der möglicherweise langwierigen Untersuchung der Ware ein einfacher Willensakt. Aber es ist neben allem anderen nicht zu übersehen, daß der Käufer nach erfolgter Untersuchung auch immer erst in die Prüfung der Frage einzutreten hat, ob die Mängelrüge hier überhaupt angebracht sei, ob es nicht vielmehr günstiger wäre, sie trotz gewisser Mängel zu unterlassen. Bei einem großen Handelsunternehmen werden hier meist Verhandlungen der Angestellten mit der Leitung erforderlich sein. Daher dürfte es, soweit der Tatbestand aufgeklärt ist, zunächst nicht zu beanstanden sein, daß der Käufer erst am Donnerstag zur Anzeige schritt. Freilich wäre tatsächlich erheblich, ob die Überlastung des Käufers nicht etwa durch unordnungsmäßige Erledigung der Geschäfte kurz vor und nach Pfingsten herbeigeführt war. Es blieb ferner aufzuklären, ob Käufer die Geschäfte nach Pfingsten in ordnungsmäßiger Reihenfolge unter Berücksichtigung ihrer Dringlichkeit erledigt hat. Die Rückverweisung der Sache war daher geboten.

Dem RG. ist ferner auch darin beizutreten, daß, obgleich der § 377 Abs. 4 HGB. die rechtzeitige Absendung der Anzeige für die Wahrung der Rechte des Käufers als allein erheblich statuiert, die Rechtzeitigkeit im konkreten Falle auch durch das gewählte Mittel der Anzeigekundgebung bestimmt wird. Der schleunigere Weg verträgt Hinausschiebung der Absendung.

Geh. JR. Prof. Dr. Manigk, Breslau.

Zu 5. 1. Das RG. hat die viel umstrittene Frage der Gültigkeit der preuß. HMVO. v. 9. Dez. 1919 bejaht auf Grund des RGes. v. 11. Mai 1920. Das RG. beschäftigt sich eingehend mit

durch den Beschluß der preußischen Staatsregierung v. 7. Nov. 1919 (GS. S. 173 ff.) begründet ist, Gebrauch gemacht. Von einzelnen Gerichten aber und im Schrifttum wurde die Gültigkeit des § 5a a. a. O. und damit der HMVO. hauptsächlich deshalb bezweifelt, weil weder das Ermächtigungsgesetz vom 4. Aug. 1914 dem Bundesrat noch das Gesetz über die vereinfachte Form der Gesetzgebung v. 17. April 1919 dem Reichsministerium gestattet habe, ihr Gesetzgebungsrecht und noch dazu in so weitgehendem Maße ohne genaue Bezeichnung und ohne scharfe Begrenzung des Kreises der zulässigen Maßnahmen auf Landeszentralbehörden zu übertragen. Es hat aber die verfassunggebende deutsche Nationalversammlung durch Gesetz v. 11. Mai 1920 nicht nur die MSchVO. einschließlich ihres § 5a durch Verlängerung ihrer Gültigkeitsdauer und Ergänzung einzelner Bestimmungen als rechtsverbindliche Norm anerkannt und bestätigt, sondern gerade mit Rücksicht auf etwaige staatsrechtliche Bedenken unter III auch angeordnet, daß alle „auf Grund der MSchVO. v. 23. Sept. 1918/22. Juni 1919 bisher getroffenen Anordnungen und Maßnahmen in Kraft bleiben". Durch diese Generalklausel sollten alle Zweifel behoben, sollte allen in Ausführung des § 5a erlassenen Sonderverordnungen mit rückwirkender Kraft eine einwandfreie rechtliche Grundlage gegeben werden, gleichsam als ob sie von der Nationalversammlung selbst beschlossen wären oder als ob das Gesetz v. 11. Mai 1920 bereits am 22. Juni 1919 ergangen wäre (vgl. RG. 102, 161). Voraussetzung für das Inkraftbleiben der örtlichen Verordnungen ist nur, daß bei ihrem Erlasse die Landes- oder Gemeindebehörden sich im Rahmen der ihnen erteilten Ermächtigung gehalten haben (vgl. Verh. der verfassunggeb. NVers. Bd. 343 AktSt. 2710 S. 2968). Das ist selbstverständlich und bedeutet nur, daß die früheren Verordnungen mit dem Gesetz v. 11. Mai 1920 nicht in Widerspruch stehen dürfen. Nun wird im Schrifttum aber auch die Ansicht vertreten, daß der preußische Minister für Volkswohlfahrt mit der HMVO. über die Grenzen des ihm zustehenden Gesetzgebungsrechtes hinausgegangen sei (vgl. Mittelstein in JW. 1920, 337, 937; Anschütz ebenda S. 339). Denn § 5a — so wird gesagt — ermächtige nur zu solchen Anordnungen, die mit den in den vorherigen Paragraphen genannten wesensgleich oder verwandt seien. Von einer solchen Bedingung macht jedoch § 5a die Gültigkeit der Landes- oder Gemeindeverordnungen nicht abhängig. Schon die amtliche Begründung zu der MSchVO. v. 22. Juni 1919 — abgedruckt bei Brumby, Mieterschutz und Höchstmieten, 6. Aufl. S. 188 ff. — erklärt, daß gerade deshalb, weil „in manchen Bezirken die bisherigen Befugnisse, auch die durch die Wohnungsmangelverordnung (WMVO.) v. 23. Sept. 1918 (vgl. § 9 das.) erteilten, zur Beseitigung der vorhandenen Mißstände nicht ausreichen, durch § 5a die Landeszentralbehörden die Ermächtigung erhalten sollen, auch auf dem Gebiete des Mietrechts noch weitergehende Anordnungen mit Zustimmung des Reichsarbeitsministers entweder selbst zu treffen oder durch die Gemeinden treffen zu lassen". Im Einklange damit hat das Gesetz v. 11. Mai 1920 durch die Neufassung des § 5a in Verbindung mit der erwähnten Nr. III zur Schaffung klarer Rechtsverhältnisse erläuternd festgestellt, daß nicht nur künftige Eingriffe in verfassungsmäßig geschützte Grundrechte zulässig sind, sondern daß auch frühere — derartige Eingriffe enthaltende — Verordnungen aufrechterhalten werden, wenn und soweit die Eingriffe zum Schutze der Mieter erforderlich waren und sind. In welchem Umfange das aber in den einzelnen Ländern oder Bezirken zutrifft, und welche Anordnungen den örtlichen Bedürfnissen entsprechen, darüber haben nicht die Gerichte, sondern allein die Landeszentralbehörden und der Reichsarbeitsminister zu befinden. Gerade durch die Worte „andere Anordnungen und Maßnahmen" und die sich anschließenden mit „insbesondere" eingeleiteten Beispiele ist zum Ausdruck gebracht worden, daß die genannten Behörden in der Wahl der Mieterschutzmaßnahmen nicht beschränkt seien. Soweit daher das Mieterschutzbedürfnis reicht, reicht auch ihr Verordnungsrecht. Nach §§ 1 und 2 HMVO. haben die Vorstände von Gemeinden mit mehr als 2000 Einwohnern, in denen eine Maßnahme auf Grund der WMVO. v. 23. Sept. 1918 getroffen ist, im Einvernehmen mit dem Vorsitzenden des MEA. eine Miethöchstgrenze in Form eines prozentualen Zuschlags zu der Friedensmiete v. 1. Juli 1914 oder — falls eine Wohnung an dem genannten Tage nicht vermietet war — zu dem damaligen Mietwerte gleichartiger Räume festzusetzen. Die Gegner der Rechtsgültigkeit der HMVO. wenden nun ein, daß diese schablonenmäßige Regelung den § 7 MSchVO. verletze, weil das MEA. gesetzlich gebunden werde und seine Entscheidung über die Miethöhe nicht mehr nach billigem Ermessen allein fällen könne. Allerdings hob schon die amtliche Begründung der MSchVO. v. 26. Juli 1917 (vgl. Reichsanzeiger Nr. 178 erste Beilage) hervor, „daß das freie Ermessen des EA. durch Aufstellung bestimmter Richtlinien nicht eingeschränkt werde". Dieser Grundsatz kann aber selbstverständlich von Gesetzgebern wieder ganz oder teilweise aufgehoben werden, und er ist durch Nr. II Art. 4 des Gesetzes v. 22. Mai 1920 abgeändert worden. Danach hat § 7 MSchVO. nämlich folgende Fassung erhalten: „Das MEA. entscheidet im Rahmen der getroffenen Anordnungen nach billigem Ermessen." Die MEA. können also nunmehr ihr billiges Ermessen nur noch „im Rahmen der getroffenen Anordnungen" walten lassen, d. h. im Rahmen derjenigen Anordnungen, deren Inkraftbleiben die Vorschrift unter Nr. III des Gesetzes v. 11. Mai 1920 verbürgt. Wie einerseits nach § 5a dieses Gesetzes zweifellos nichts im Wege steht, daß eine Landeszentralbehörde die Höchstgrenze der Mieten festlegt und von dem billigen Ermessen des MEA. unabhängig macht, so wird andererseits die preußische HMVO., die eine solche Regelung schon vor dem 11. Mai 1920 getroffen hat, durch Nr. III des Gesetzes von diesem Tage gedeckt. Übrigens ist durch die §§ 3, 9 und 10 HMVO. dem billigen Ermessen des MEA. noch ein weiter Spielraum gelassen. Es kann in ihm geeignet erscheinenden Fällen unter gewissen Voraussetzungen die Friedensmiete höher ansetzen, als sie in Wirklichkeit betrug, die angemessene Miete unter- und die gesetzliche Höchstmiete überschreiten. Der am meisten, jedoch mit Unrecht angegriffene § 6 Abs. 1 Satz 2 HMVO. schreibt nun „bei laufenden Verträgen" die automatische Herabsetzung eines vor seinem Inkrafttreten vereinbarten, über die nunmehr zulässige Höchstmiete hinausgehenden Mietzinses vor, eine Bestimmung, die zweifellos einen starken Eingriff in die Vertragsfreiheit enthält. Aber auch diese wird nach Art. 152 RV. nur nach Maßgabe der Gesetze, also auch nur nach Maßgabe des Gesetzes v. 11. Mai 1920 geschützt. Der Gesetzgeber aber, der dort vor den Grundrechten der Freizügigkeit, der Unverletzlichkeit der Wohnung und des Eigentums nicht haltgemacht hat, hatte keinen Anlaß, das Grundrecht der Vertragsfreiheit höher zu bewerten und anders zu behandeln als diese. Bedeutet doch die ganze Mieterschutzgesetzgebung zum großen Teile nichts anderes als eine wesentliche Beschränkung der Vertragsfreiheit. Anerkannt muß aber auch werden, daß der Gesetzgeber mit rückwirkender Kraft in schon bestehende Vertragsrechte eingreifen darf. Die Gültigkeitsgegner nahmen für sich aber auch den letzten Satz des § 5a MSchVO. in der

---

den von den Gegnern (zu denen auch ich gehöre) vorgebrachten Argumenten. Hier in einer Anmerkung auf die Einzelheiten einzugehen, ist um so weniger angebracht, als jetzt durch das Reichsmietengesetz die Höchstmiete durch die gesetzliche Miete abgelöst wird (§ 1 Abs. 2).

2. Die zweite vom RG. hier entschiedene Frage ist die, daß, solange nicht gemäß § 6 II, 4 HMVO. das MEA. „den Mietzins endgültig festgesetzt" hat, der Vermieter berechtigt ist, den im Mietvertrag vereinbarten Mietzins bei dem ordentlichen Gericht einzuklagen. Ich trete dem RG. darin bei, daß es den Standpunkt des OLG. Breslau gemißbilligt hat, daß der Vermieter nicht klagen dürfe, solange das MEA. nicht den Mietzins festgesetzt habe. Ich trage aber Bedenken, dem RG. darin zu folgen, daß das ordentliche Gericht sich um den „Ermäßigungseinwand" des Urteils nicht zu kümmern habe, solange der Mietzins nicht durch das MEA. als die „Abänderungsbehörde" eine „Abänderung" erlitten habe. Denn nach der HMVO. § 6 I ermäßigt sich der Mietzins von selbst, und was darüber hinaus geleistet wird, kann nach § 8 als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden. Steht die Friedensmiete fest (§ 6 II, 1) — auf die allein Stern den Satz 4 des § 6 II bezieht! —, so kann das ordentliche Gericht die Höchstmiete berechnen, evtl. Auskunft vom MEA. erbitten, auch aussetzen, bis die eine oder die andere Partei vom MEA. Festsetzung erwirkt hat. Allerdings ist solche Berechnung der Höchstmiete nur für den Prozeß bindend, nicht dauernd wie die Festsetzung durch das MEA. Aber ich halte es für bedenklich, daß das Gericht sich nur deshalb, weil weder die eine noch die andere Partei das MEA. angegangen hat, einfach den im Vertrag normierten Mietzins hätte zugrunde legen dürfen, obwohl erhellt, daß er kraft behördlicher Bestimmung schon ermäßigt ist.

OLGPräs. Prof. Dr. Mittelstein, Hamburg.

Fassung des Gesetzes v. 11. Mai 1920 in Anspruch. Er lautet: „Eingriffe sollen nur erfolgen, nachdem der Versuch gütlicher Einigung erfolglos geblieben ist," und enthält somit lediglich eine Soll- oder Ordnungsvorschrift, die ihrem Sinne und Zwecke nach praktische Bedeutung nur für die Anwendung einer Verordnung im Einzelfalle haben, nicht aber die Gültigkeit der Verordnung selbst beeinflussen kann und deren Nichtbeachtung auch dem Einzeleingriffe nicht die gesetzliche Grundlage entzieht. Der in der PreußAusfVO. v. 21. Dez. 1920 bekannt gegebenen Rechtsansicht der Reichsregierung über die Rechtsgültigkeit der HMVO. v. 9. Dez. 1919 (vgl. JMBl. S. 763) ist also beizutreten. — Können die Parteien sich über die Höchstmiete oder die Voraussetzungen ihrer Berechnung im Sinne des § 6 HMVO. nicht einigen, so entscheidet über diese Streitpunkte allein und endgültig das MEA. (§ 6 Abs. 2 letzter Satz HMVO. — vgl. auch § 8 Abs. 2 letzter Satz das.) Das ordentliche Gericht hat sich mit ihnen nicht zu befassen. Sie sind seiner Rechtsprechung entzogen. Das Gericht ist nicht in der Lage, die nach § 6 a. a. O. dem MEA. übertragenen Feststellungen selbst zu treffen. Damit ist aber nicht gesagt, daß seine Spruchtätigkeit so lange ausgeschaltet ist, bis das MEA. gesprochen und die Miete festgesetzt hat. Hätte der Gesetzgeber für Mietzinsklagen den Rechtsweg derartig beschränken und die Spruchbefugnis der ordentlichen Gerichte auch über ihre Bindung an einen bereits ergangenen Beschluß des MEA. hinaus einengen wollen, so hätte er diese Absicht unzweideutig zum Ausdrucke bringen müssen. Sie aber ohne ausdrückliche Vorschrift in das Gesetz hineinlegen, käme — beispielsweise — in einem Falle wie dem vorliegenden, fast einer Rechtsverweigerung gleich. Die Rechtslage ist vielmehr folgende. Wenn der Vermieter auf den Mietvertrag gestützt den dort vereinbarten Mietzins im Klagewege fordert, der Mieter aber dessen Ermäßigung auf Grund der HMVO. verlangt und der Vermieter die Berechtigung eines solchen Verlangens bestreitet, so hat der Mieter sie zu beweisen. Das kann er aber lediglich durch Beibringung eines die Miete regelnden Beschlusses des MEA. Unterläßt es der Mieter jedoch oder weigert er sich, das MEA. anzugehen, dann muß er auch die Folgen seiner Saumseligkeit oder Hartnäckigkeit tragen. In einem solchen Falle hat das Gericht ihn als die beweispflichtige Partei hinsichtlich seines Ermäßigungseinwandes, über dessen materielle Voraussetzungen es selbst nicht befinden darf, für beweisfällig anzusehen und sein Urteil lediglich auf den Vertragsinhalt zu stützen, wie es das LG. auch getan hat. Wie die Rechtslage sich gestaltet, wenn der Mieter nach Rechtskraft des Urteils einen ihm günstigen Mietfestsetzungsbeschluß des MEA. erwirkt, ist hier nicht zu erörtern. Diese Möglichkeit kann die Zulässigkeit des Rechtsweges für die vorliegende Klage nicht beeinflussen. Freilich ist nach § 6 Abs. 2 letzter Satz HMVO. (vgl. auch die §§ 3 und 10 das.) auch der Vermieter in der Lage, an das MEA. heranzutreten. Er hat aber, da er im Besitze eines Rechtstitels ist, der ihm einen bestimmten Mietzins gewährleistet, kein Interesse daran, und darf es ohne Rechtsnachteil dem Mieter überlassen, seinem Ermäßigungsanspruche vor dem MEA. zum Siege zu verhelfen. Es kann dem Vermieter nicht zum Schaden gereichen, wenn er in der Überzeugung, daß das Herabsetzungsverlangen des Mieters ungesetzlich und mutwillig ist, seinerseits eine seiner Ansicht nach zwecklose und unnütze Belästigung des MEA. ablehnt. Auch unter der Herrschaft der MSchVO. und der HMVO. sind laufende Mietverträge so lange zu halten und zu erfüllen, bis die dazu berufene Behörde sie abändert. Abänderungsbehörde ist aber nur das MEA., und dieses wird nach der MSchVO. und nach der HMVO. nur auf Antrag tätig. Will die Partei, die allein ein Interesse an der Abänderung hat, hier also die Mieterin, die Hilfe des MEA. nicht in Anspruch nehmen, so kann für ihre Rechtsbeziehungen zu dem Vermieter, wie schon betont, nur der Vertrag maßgebend sein. Die Annahme des BR., daß es Sache des Kl., des Vermieters, gewesen sei, sich zunächst an das MEA. zu wenden, wenn er seinen vertraglichen Mieteanspruch verfolgen wollte, findet daher im Gesetze keine Stütze.

(L. w. H., U. v. 19. Dez. 1921; 272/21 III. — Breslau.) [Sch.]

**6. Grenzen der Zuständigkeit des Mieteinigungsamtes, namentlich hinsichtlich der Festsetzung des Mietzinses.]

Aus den Gründen: Zur Entscheidung steht die Frage, ob der Anspruch der Kl. auf Zahlung der 5000 ℳ Kaufpreisrest durch den Beschluß des MEA., daß 5000 ℳ von den im Vertrag als Kaufpreis für die Ladeneinrichtung bezeichneten 8000 ℳ als Mietzins gelten, endgültig erledigt ist. Das hat das BG., abweichend von dem LG., mit Recht verneint. Allerdings ist die Bestimmung des § 7 MSchVO., die die Entscheidungen des MEA. für unanfechtbar erklärt, nicht nur dahin zu verstehen, daß es kein Rechtsmittel gegen diese gibt und auch eine Klage gegen sie ausgeschlossen ist, sondern auch dahin, daß ihr Inhalt für die Parteien und für ein später entscheidendes Gericht sachlich bindend ist. Dies setzt aber voraus, daß sich das MEA. in den Grenzen seiner Zuständigkeit gehalten hat (RG. 101, 115; 103, 273, 315). Dem MEA. ist nun zwar durch § 5 Abs. 2 MSchVO. in der Fassung v. 22. Juni 1919 die Befugnis eingeräumt, den vereinbarten Mietzins, wenn er den üblichen und angemessenen Betrag übersteigt, auf die angemessene Höhe herabzusetzen. Damit ist es aber nicht für zuständig erklärt worden, mit bindender Kraft die Höhe des vereinbarten Mietzinses feststellen und insbesondere zu prüfen und zu entscheiden, ob eine unter anderer Bezeichnung vereinbarte Leistung des Mieters in Wahrheit einen Teil des Mietzinses bilde. Seine Entscheidung auf Grund des § 5 Abs. 2 ist vielmehr nur insofern für die Parteien und die Gerichte bindend, als sie die Höhe des üblichen und angemessenen Mietzinses bestimmt und auf diesen den vereinbarten Mietzins für den Fall, daß er höher sein sollte, ermäßigt. Zur bindenden Entscheidung von Rechtsfragen oder Feststellung von rechtserheblichen Tatsachen ist das MEA. nach dem Wortlaute, dem Sinne und Zwecke der MSchVO. nicht berufen; dies ergibt sich vor allem aus der Vorschrift, daß das MEA. nach billigem Ermessen zu entscheiden hat (vgl. RG. 103, 317 f.). Dementsprechend hat der erkennende Senat bereits ausgesprochen, daß das MEA., wenn es gemäß § 6 MSchVO. die Zustimmung zu einer Kündigung erteilt oder versagt, damit nicht bindend über das rechtsgültige Bestehen eines der MSchVO. unterliegenden Mietverhältnisses oder über die bürgerlich-rechtliche Zulässigkeit und Wirksamkeit der Kündigung entscheidet, daß hierüber vielmehr nur die Gerichte zu befinden haben und der Beschluß des MEA. rechtlich bedeutungslos ist, wenn nach der Ansicht des später mit der Sache befaßten Gerichts kein solches Mietverhältnis, sondern z. B. ein Pachtverhältnis oder eine Vermietung zum Zwecke eines Hotelbetriebs, auf die die MSchVO. keine Anwendung findet, vorliegt, oder wenn die von dem MEA. genehmigte Kündigung nach bürgerlichem Rechte unwirksam ist (RG. 102, 186; 103, 271; RG. III 512/21 v. 10. Jan. 1922, zum Abdrucke bestimmt). Nichts anderes gilt von der hier streitigen Frage, ob ein Teil des in dem Vertrag als Kaufpreis für die Ladeneinrichtung bezeichneten Betrags in Wahrheit einen Teil des Mietzinses für den Laden bilde oder wirklich Kaufpreis sei. Auch hierüber, wie überhaupt über die Höhe des vereinbarten Mietzinses, haben nur die Gerichte zu befinden. Das MEA. kann zwar bei der Herabsetzung des Mietzinses auf Grund des § 5 Abs. 2 die Möglichkeit, daß ein unter einem anderen Namen vereinbartes Entgelt des Mieters in Wahrheit Mietzins sei, berücksichtigen, aber bindend ist sein Ausspruch in dieser Hinsicht nicht.

(C. w. S., U. v. 10. März 1922; 328/21 III. — Berlin.) [Sch.]

7. Umfang der Belehrungspflicht des Notars bei Aufnahme eines der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftigen Kaufvertrages hinsichtlich der Gefahren der Auszahlung des Kaufpreises noch vor Erteilung der Genehmigung und der Verpflichtung des gesetzlichen Vertreters, sich vom Verkäufer Sicherheit geben zu lassen.] †)

Dem vom bekl. Notar aufgenommenen Vertrag, inhalts dessen B. als gesetzlicher Vertreter der damals minderjährigen

---

Zu 7. Daß bei einem Erwerbsvertrage, der für einen Minderjährigen geschlossen wird und der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bedarf, eine geleistete Anzahlung verloren gehen kann, wenn diese Genehmigung versagt wird und der Verkäufer die Anzahlung verbraucht hat, oder sie ihm von seinen Gläubigern entzogen wird, ist so offenbar, daß es keiner Belehrung durch den Notar bedarf. Andererseits geht das RG. m. E. zu weit, wenn es von dem Notar bei Vermeidung seiner Haftung verlangt, zur Erlangung einer Sicherstellung des Minderjährigen, den Parteien Mittel vorzuschlagen, welche außerhalb der verlangten Beurkundung des Grundstückskaufvertrages liegen. Denn die Amtspflicht des Notars erschöpft sich in der verlangten Beurkundung nach der

Kl. von F. deren Grundstück gegen Übernahme der Hypotheken, einer baren Anzahlung von 2000 ℳ, die sofort am Vertragsschlußtage von B. für die Kl. erfolgte, und Einräumung des lebenslänglichen Nießbrauches für die Eheleute B. kaufte, wurde durch Beschluß des VormGer. v. 12. Febr. 1913 die Genehmigung versagt. Die Eintragung des Nießbrauches war nicht erfolgt. Der Notar kümmerte sich um die Sache nicht weiter. In seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt beantragte er dann im Juli 1913 für einen Gläubiger des F. die Zwangsversteigerung des Grundstücks, wobei er im August dem B. die von ihm aufgenommene Urkunde mit dem Bemerken zurücksandte, er müsse sich jetzt an einen anderen Rechtsanwalt wenden. In der Zwangsversteigerung fiel die Kl. mit ihrer Forderung auf Rückzahlung der Anzahlung aus. Ihre Ersatzklage gegen den bekl. Notar wurde vom LG. zugesprochen, vom BG. abgewiesen. Auf die Revision der Kl. wurde das BU. aufgehoben. Aus den Gründen: Ein Notar hat die amtliche Pflicht zur sachgemäßen Beurkundung des von ihm zu vermittelnden Geschäftswillens der Parteien. Eine solche setzt aber mit Notwendigkeit eine angemessene Erörterung der rechtlichen und unter Umständen auch der wirtschaftlichen Bedenken voraus, welche dem von den Vertragsteilen gewünschten Inhalte des Rechtsgeschäftes entgegenstehen. Wie weit die Belehrung zu gehen hat, und wann ihre Unterlassung sich als schuldhafte Verletzung der Amtspflichten eines Notars darstellt, läßt sich nur nach Lage des Einzelfalles beurteilen. Nun stellt das BG. zwar fest, daß B. die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung kannte und geschäftsgewandt genug war, um zu wissen, welche Folgen deren Versagung haben könne. Es stellt weiter fest, daß B. auch dann, wenn er nach dieser Richtung hin belehrt worden wäre, die Anzahlung dem Verlangen der Verkäufer gemäß geleistet hätte, und daß eine solche auch bei einem Geschäfte wie dem vorliegenden nichts Ungewöhnliches an sich habe. Das mag alles zutreffen, obschon nicht erhellt, aus welchen Tatsachen der Notar auf eine so weitgehende Geschäftsgewandheit des B. schließen durfte und geschlossen hat. (Wird näher ausgeführt.) Aber sei dem wie es sei, die Erwägungen und Feststellungen des BG. treffen keinesfalls den Kernpunkt der Sache, denn nicht darauf kommt es an, ob es wirklich der Verkehrsregel entsprach, daß eine Anzahlung erfolgte, obwohl die Wirksamkeit des Kaufvertrages durch den Eintritt eines von dem Willen der Beteiligten unabhängigen, ungewissen zukünftigen Ereignisses bedingt war, auch nicht darauf, daß sie erfolgte, um das Zustandekommen des Geschäftes nicht zu gefährden, entscheidend ist vielmehr, ob B. nicht Sicherheit gefordert hätte, wenn ihm gesagt worden wäre, daß ein solches Verlangen seinen Pflichten als gesetzlicher Vertreter seiner Tochter entspreche und dem Verkäufer keine Erfüllungsschwierigkeiten bereite. Gerade die Minderjährigkeit der Käuferin verpflichtete den Notar zu ganz besonders vorsichtiger und sorgsamer Behandlung der Angelegenheit. Die Übertragung des Grundstücksbesitzes auf ihre Eltern schütze die Kl. — das lag für einen Notar offen zutage — nicht vor ihr ungünstigen, die Anzahlung gefährdenden grundbücherlichen Verfügungen der eingetragenen Eigentümer, schützte sie nicht davor, daß deren persönliche Gläubiger das Grundstück in Anspruch nahmen. Der ganzen Sachlage nach mußte der Notar damit rechnen, daß der bar zu zahlende Kaufpreis ganz oder teilweise aus dem Vermögen der Kl. stammte. Soweit das zutraf, handelte ihr Vater also den Vorschriften der §§ 1642, 1807, 1808 BGB. zuwider, wenn er die Anzahlung ohne Sicherheit in den Händen des F. ließ. Dazu durfte der Notar nicht stillschweigend die Hand bieten, und zwar um so weniger, als ihm als Rechtskundigen nicht entgehen konnte, daß die Aussichten für die Erteilung der vormundsschaftsgerichtlichen Genehmigung sehr gering waren. Denn die Einräumung des lebenslänglichen Nießbrauches an die Eheleute B. ließ es von vornherein höchst zweifelhaft erscheinen, ob unter Hinzurechnung der übrigen von der Kl. zu übernehmenden Lasten für sie überhaupt noch ein Vorteil aus dem Geschäfte herausspringen könne. Das einfachste Mittel, eine Pflichtwidrigkeit des B. zu verhüten und die Kl. vor Schaden zu bewahren, war die Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 1184 BGB.). Daß F. widersprochen hätte, erhellt nicht, würde auch sofort Mißtrauen erregt haben. Außer der Hypothekenbestellung kam noch eine etwaige Hinterlegung der Anzahlung oder vielleicht die sofortige Eintragung des Nießbrauchs in Frage. Diese hätte der Kl. wenigstens die Möglichkeit gewährt, für den Fall eines Verlustes sich an dem Vater schadlos zu halten. Von einer Erörterung aller dieser Punkte durfte der Bekl. nur dann absehen, wenn er die Sicherheit hatte, daß B. die Sach- und Rechtslage so, wie sie ihm, dem Notar, bei gehöriger Aufmerksamkeit sich darstellen mußte, völlig überschaute. Daß dies der Fall gewesen sei, oder daß B. sich einer Belehrung gegenüber ablehnend verhalten hätte, dafür bieten die Ausführungen des BG. und der Stand des B. — er war Bürstenmacher — keinen Anhalt. Im Gegenteil, der Umstand, daß B. trotz der leichten Erreichbarkeit einer Sicherung sie nicht forderte, legt die Vermutung nahe, daß er die Nachsuchung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für eine bloße Formsache ansah, deren schnelle Erledigung keine Schwierigkeiten machen würde, oder daß er sich über seine Pflichten als gesetzlicher Vertreter der Kl. und der Art, wie er ihnen am besten und leichtesten genügen konnte, nicht klar war. Damit sind aber die Bedenken, die sich gegen die Rechtsauffassung des BG. erheben lassen, noch nicht erschöpft. Der Bekl. hatte die von ihm aufgenommenen oder beglaubigten Urkunden nicht etwa den Beteiligten ausgehändigt, sondern kraft seines Amtes zur Vorbereitung der Auflassung dem Gerichte eingereicht, die Nießbrauchsbestellung mit dem Ersuchen um Rückgabe und mit der Ankündigung, daß die Eintragung des Nießbrauchs nach der Genehmigung des Kaufvertrages, aber vor der Auflassung werde beantragt werden. Er hatte also noch weitere amtliche Schritte in Aussicht gestellt und durfte daher, solange er im Besitze der Urkunden war, die Angelegenheit nicht aus den Augen verlieren. Nach seinem eigenen Vortrage hat er sich jedoch monatelang nicht um sie gekümmert. Unstreitig scheint weiter zu sein, daß er von der Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung Kenntnis erhalten hat. Jedenfalls befanden sich noch am 16. Aug. 1913 der Kaufvertrag, der Antrag auf die Nießbrauchseintragung und die Auflassungsvollmacht in seiner Verwahrung. Durch die Genehmigungsverweigerung war eine neue Rechtslage geschaffen, die ihn, den Notar, verpflichtete, die Belehrung, die er im Oktober 1912 unterlassen hatte, wenigstens jetzt nachzuholen, es sei denn, daß er sie nach den besonderen Umständen des Falles für überflüssig halten durfte. Statt dessen beantragte er im Juli im Auftrage eines persönlichen Gläubigers des F. die Zwangsversteigerung des Grundstücks. Damit übernahm er als Rechtsanwalt die Vertretung von Interessen, die mit denjenigen, welchen er bisher als Notar gedient hatte, in schroffem Widerspruche standen. Entschloß er sich — erlaubter- oder unerlaubterweise —, den Zwangsvollstreckungsauftrag anzunehmen, so gebot ihm seine amtliche Pflicht, unverzüglich wenigstens das zu tun, was er erst im August 1913 getan hat, d. h. er mußte damals schon dem B. die Vertragsurkunden mit dem Anheimgeben übersenden, die Angelegenheit fortan entweder persönlich weiter zu betreiben oder durch einen anderen Rechtsanwalt weiter betreiben zu lassen. Er durfte schon damals dem B. keinen Zweifel darüber lassen, daß er seine amtliche Tätigkeit für beendet ansehe und sich mit der in Rede stehenden Grundbuchangelegenheit nicht weiter amtlich befassen wolle. Ob der Schaden durch die rechtzeitige Übermittlung der Urkunden an B. ganz oder teilweise vermieden worden wäre, wird davon abhängen, ob B. nach deren Empfang wie ein verständiger, umsichtiger Mann gehandelt, sich sofort, wie er es auf die Mitteilung des Notars vom August 1913 getan hat, an einen anderen Rechtsanwalt gewandt und mit dessen Hilfe Sicherungsmaßregeln in die Wege geleitet hätte. (Wird näher ausgeführt.) Bei der Erörterung eines etwaigen für den Schaden mitursächlichen Verschuldens des B. wird zu erwägen sein, daß B., mag er

---

Richtung der Rechtsgültigkeit von Form und Inhalt einschließlich der Prüfung der Identität und Geschäftsfähigkeit der vor ihm auftretenden Personen.

Indessen ist es bei solchen Verträgen gerade mit Rücksicht auf die bekannte scharfe Stellung des RG. gegenüber der Verantwortlichkeit des Notars für diesen ratsam, wenn die Zahlungsfähigkeit des Veräußerers dem Notar nicht zweifellos ist oder die Sicherstellung der Anzahlung von dem Veräußerer nicht angeboten wird (z. B. durch Hinterlegung der Anzahlung bei dem Notar), lieber die Beurkundung aus diesem triftigen Grunde (PrFG. Art. 83) abzulehnen, um sich und seine Erben vor einem eventuellen Regreß zu schützen.

JR. Ostermeyer, Berlin.

auch in dieser oder jener Hinsicht unvorsichtig, unzweckmäßig oder pflichtwidrig gehandelt haben, sich doch darauf verlassen durfte, daß er, falls dem Notar nach Lage des Falles gewisse Sicherungsmaßnahmen geboten erschienen, über deren Notwendigkeit und die Art ihrer Durchführung von ihm belehrt werden würde.

(B. w. N., U. v. 4. Nov. 1921; 302/21 III. — Marienwerder.) [Sch.]

8. Bei einer auf § 839 BGB. in Verbindung mit dem Reichs- bzw. Staatshaftungsgesetz, ferner auf §§ 823, 831 BGB., sowie §§ 31, 89 gestützten Klage ist der Rechtsweg auch dann zulässig, wenn die den Schaden herbeiführende Beschlagnahme und Verwertung ein obrigkeitlicher Akt war.]†)

Aus den Gründen: Die Kl. fordert Schadensersatz, weil am 20. Okt. 1919 in der ostpreußischen Grenzstation J. das ihr gehörige, aus der Schweiz eingeführte, in einem Eisenbahnwaggon nach Polen rollende Sohlenleder durch den bei dem Verwertungsamt in J. tätigen K. beschlagnahmt und zu einem Schleuderpreis veräußert worden sei. Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges ist von allen Rechtszügen verworfen, vom RG. aus folgenden Gründen: Die Klage stützt sich auf Verschulden des K. unter drei verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten. Der Anspruch gegen den Bekl. wird hergeleitet zunächst aus § 839 BGB. und dem Reichshaftungsgesetz. Insoweit steht nach der ständigen Rechtsprechung des jetzt erkennenden Senats der Rechtsweg offen, auch wenn die Beschlagnahme als ein hoheitsrechtlicher Akt anzusehen ist, und auch wenn diese jetzt ebenfalls — neben der Verwertung — als eine rechtswidrige, auf Amtspflichtverletzung beruhende von der Klage bekämpft wird. Die Kl. beharrt gegenüber den dies verneinenden Gründen des LG. darauf, daß K. Reichsbeamter im Sinne des Reichshaftungsgesetzes v. 22. Mai 1910 war. Diese Frage ist keine Vorfrage für die Zuständigkeit des Rechtswegs, sondern ist in dem eben offen stehenden Rechtswege zu entscheiden; ihre Verneinung kann nur zu sachlicher Abweisung dieses Klagegrundes führen. Übrigens besagt die Entscheidung des jetzt erkennenden Senats v. 7. Juni 1921 III 3/21 in einem dem § 1 Abs. 1 des preußischen Staatshaftungsgesetzes v. 1. Aug. 1909 („unmittelbarer Staatsbeamter") unterliegenden Falle folgendes: „Zur Anerkennung der im Gesetz v. 1. Aug. 1909 geregelten Haftpflicht des Staates hat die Erwägung geführt, daß der Staat, weil er die Beamten mit obrigkeitlichen Befugnissen ausrüstet und solche durch sie ausüben läßt, billigerweise für die hierbei vorkommenden Verfehlungen eintreten müßte. Dieser Gedanke nötigt zu der Annahme, daß zu den Beamten im Sinne von § 1 Abs. 1 jede Person zu zählen ist, welche der Staat mit der Ausübung von Hoheitsrechten betraut hat, gleichviel, ob dies in der äußeren Form eines privatrechtlichen Dienstvertrages geschehen oder durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag oder einen einseitigen öffentlich-rechtlichen Staatsakt erfolgt ist. Da die Ausübung von Hoheitsrechten niemals den Gegenstand eines Privatvertrages bilden kann, so verbirgt sich auch in dem ersten Falle hinter der gewählten Rechtsform die für die Beamtenstellung charakteristische Begründung eines öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses des Staates dem Angestellten gegenüber (RG. 67, 118, 119; 84, 368[1]); 90, 260)." Ob diese Auslegung auch hier einschlägt, bleibt nach weiterer tatsächlicher Klärung der damaligen Rechtsstellung des K. — dem die Befugnisse aus § 4, 5 VO. v. 23. Mai 1919 betreffend die Verwertung von Militärgut übertragen waren — zu entscheiden. In zweiter Linie meint die Klage mit dem LG., daß §§ 823, 831 BGB. zutreffen. Auch hierfür ist der Rechtsweg zugelassen. K. selbst — wenn er nicht beamteter Beauftragter war — konnte wegen wie immer gearteter unerlaubter Handlung i. S. des § 823 vor den Zivilrichter gezogen werden, und wenn die Klage dafür hält, daß sich die Haftung des Reichs aus § 831 ergebe, so ist darüber sachlich zu entscheiden. Endlich ruft die Klage §§ 31, 89 BGB. an, da die den Schaden in letzter Linie und eigentlich verursachende Verschleuderung des Leders eine rein privatrechtliche Verfügung gewesen sei; das „der Verwertung Zuführen" nach § 4 der VO. v. 23. Mai 1919 vollziehe sich eben in privatrechtlichen Verfügungen. Auch dies ist eine nicht ohne weiteres als ein bloßer Vorwand abzulehnende Auffassung, und sie gibt dem Rechtsstreit einen rein bürgerlich-rechtlichen Boden.

(D. R. w. D., U. v. 2. Dez. 1921; 391/21 III. — Berlin.) [Sch.]

Zu 8. Der bemerkenswerten Entsch. dürfte trotz mancher Bedenken zuzustimmen sein.

Gewiß hat RG. in dem Satze recht, daß über die Frage, ob jemand Beamter i. S. des § 839 BGB. oder des Art. 131 RVerf. oder des Ges. v. 22. Mai 1910 (RGBl. 798) ist, der Rechtsweg offen steht, d. h. der Prozeßrichter zu entscheiden hat, und daß der Fiskus durch die Behauptung, es handele sich nicht um einen Beamten, den Rechtsweg aus Art. 131 RVerf. nicht ausschließen kann. Auch der Umstand, daß die Handlung des Beamten eine rechts- und amtspflichtwidrige gewesen sei, würde die Anwendung des § 839 BGB. oder Art. 131 RVerf., wie RG. mit Recht annimmt, nicht ausschließen. Der Richter kann darüber entscheiden, ob eine solche Amtspflichtverletzung vorliegt. Zwar haben grundsätzlich die ordentlichen Gerichte nur reine Privat- und Strafsachen zu entscheiden. Sind sie jedoch mit solchen Sachen befaßt, so erstreckt sich ihre Zuständigkeit inzidenter auf alle Rechtsfragen, von deren Beantwortung die Entscheidung abhängt, auch wenn diese öffentlich-rechtlicher Natur sind (RG. 41, 207 Plenarbeschluß, Arndt, RVerf. [2], S. 177).

Bedenklicher dürfte es sein, aber wohl richtig, wenn RG. in Übereinstimmung mit einer früheren Entscheidung desselben Senats den Beamtenbegriff weit ausdehnt und i. S. des Art. 131 RVerf. bzw. Ges. v. 22. Mai 1910 und v. 1. Aug. 1909 (GS. 691) überhaupt alle Personen als Beamte erklärt, die vom Staat mit der Ausübung von Hoheitsrechten betraut sind, auch wenn diese im allgemeinen keine Beamten sind. RG. spricht dabei aus, daß die Ausübung von Hoheitsrechten niemals einen Gegenstand eines Privatvertrages bilden könne.

Aber selbst, wenn es sich um keinen Beamten handelt, so könnte — wie RG. annimmt — BGB. § 823 vorliegen, der auch jeden Nichtbeamten schadensersatzpflichtig erklärt, der vorsätzlich oder fahrlässig das Vermögen eines anderen widerrechtlich verletzt, worüber zweifellos der Rechtsweg gegeben ist; ebenso wie darüber der Rechtsweg zulässig sein muß, ob das Reich als Jemand anzusprechen ist, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt hat, ohne bei der Auswahl die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet zu haben. In solchem Falle würde das Reich als Geschäftsherr für den Schaden haften, den der von ihm zu der Verrichtung Bestellte bei Ausführung der Verrichtung widerrechtlich einem Dritten zugefügt hat.

Endlich unterliegt es keinem Zweifel, daß, wenn das Reich nur privatrechtlich in Betracht kommt, gegebenenfalls die §§ 89 und 31 BGB. Anwendung finden und daß auch hierüber der Rechtsweg offen stehen muß.

Beide Entscheidungen des RG. sind zwei Punkte von fundamentaler Bedeutung. 1. RG. erkennt einen allgemeinen und für alle Fälle geltenden Beamtenbegriff nicht an. Es kann nach ihm Personen geben, welche nur i. S. der Amtshaftung i. S. Art. 131 RVerf., sonst nicht, als Beamte zu gelten haben. Sodann betont RG. 2. daß die Ausübung von Hoheitsrechten und das Beamtenverhältnis überhaupt kein Gegenstand des Vertrages seien; siehe auch RG. 53, 427; 63, 430; JW. 1906, 53; Arndt, RSt. 633; Arndt, RVerf. (2), S. 101. Demgemäß war es nur folgerichtig, wenn RG. in der Entsch. über das Altersgrenzengesetz am 14. März 1922 erklärt, es liege bei der Anstellung kein Vertrag vor, dessen Bedingungen zur Zeit der Eingehung des Beamtenverhältnisses vom Staat nicht einseitig geändert werden können.

Geh. u. Oberbergrat Prof. Dr Arndt, Marburg.

9. Sind ortsstatutarische Leistungen, insbesondere Straßendurchbruchkosten, öffentliche gemeine Lasten nach § 10 Nr. 3 des ZwVG.?]†)

Aus den Gründen: Es fragt sich, ob Straßendurchbruchskosten eine öffentliche Last im Sinne des § 10 Nr. 3 ZwVG. sind mit der Wirkung, daß der dafür angesetzte Betrag

[1]) JW. 1914, 686.

Zu 9. Die Entsch. bewegt sich in der Richtung der bisherigen Rechtsprechung des OVG. und des RG. Zur Erörterung stand der Begriff der gemeinen Lasten i. S. des Art. 1 des preuß. AusfG. z. ZVG.

Für die Anliegerbeiträge des § 15 FluchtlG. hat das RG. in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß sie zu den gemeinen Lasten gehören. Was die Beiträge anlangt, die nach § 9 KommAbgG. Grundeigentümern auferlegt werden können, denen durch eine Einrichtung besondere wirtschaftliche Vorteile erwachsen, so hat in einer Entsch. v. 2. Nov. 1898 das RG. (RG. 42, 276 ff.) die Kanalisationsanschlußgebühr für eine gemeine Last erklärt. In der obigen Entsch. wird dieser Grundsatz für alle Beiträge i. S. des § 9 KommAbgG. in Übereinstimmung mit der Literatur anerkannt.

Gegen die Entsch. werden Bedenken nicht zu erheben sein. Daß es sich vorliegendenfalls um Beiträge handelt, die auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Titels erhoben werden, kann keinem Zweifel unterliegen. Das RG. nimmt aber auch zutreffend an, daß diese

gemäß § 44 ZwVG. in das geringste Gebot fiel und daher vom Kl. zu zahlen war. Zu den hiernach in das geringste Gebot fallenden Beträgen gehören nach §§ 10 Nr. 3, 44 ZwVG. die Ansprüche auf Entrichtung der öffentlichen Lasten des Grundstücks wegen der laufenden und der aus den letzten zwei Jahren rückständigen Beträge. Gemäß Art. 1 Nr. 2 des PreußAusfG. zum ZwVG. sind öffentliche Lasten eines Grundstücks im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZwVG. die auf einem nicht privatrechtlichen Titel beruhenden Abgaben und Leistungen, die auf dem Grundstücke nach Gesetz und Verfassung haften (gemeine Lasten). Dazu gehören nach feststehender Rechtsprechung die sog. Straßenanliegerbeiträge aus § 15 PreußFluchtlG. v. 2. Juli 1875 (s. Turnau, Liegenschaftsrecht Bd. I S. 527 ff.; RG. 86, 359), die als Beiträge zu den Straßenbaukosten nach Maßgabe eines auf Grund des § 15 FluchtlG. erlassenen Ortsstatutes von der Gemeinde erhoben werden. Diese Befugnis ist dort den Gemeinden für den Fall der Anlegung einer neuen oder der Verlängerung einer schon bestehenden, zur Bebauung bestimmten Straße gewährt. Auf Grund dieser Bestimmungen, d. h. aus § 15 FluchtlG., hat das BG. angenommen, daß es sich um eine gemäß § 10 Nr. 3 ZwVG. in das niedrigste Gebot fallende Straßenbaulast handelt. Die Bekl. hatten bestritten, daß die Straßendurchbruchskosten zu den erwähnten gemeinen Lasten gehören, sie seien auch nicht auf Grund des § 15 FluchtlG. als Beiträge zu den Straßenherstellungskosten, sondern auf Grund des § 10 der Städteordnung für die Rheinprovinz und des § 9 des KommAbgG. als besondere ortsstatutarische Leistungen auferlegt worden, die nicht auf dem Grundstücke als allen Grundstücken derselben Art gemeinsam hafteten, sondern hinsichtlich deren nach § 5 Nr. 2 des Ortsstatuts die Stadtverordnetenversammlung den Kreis der Beitragspflichtigen bestimme, der Kl. daher sie, weil sie keine gemeine Last seien, auszubieten nicht gezwungen gewesen sei. Beide Gerichte sind hierauf nicht eingegangen. Aus den Zwangsversteigerungsakten ergibt sich indessen, daß diese Behauptungen insofern zutreffend sind, als auf Grund des § 10 der Städteordnung für die Rheinprovinz v. 15. Mai 1856 und des § 9 KommAbgG. v. 14. Juli 1893 sowie des Stadtverordnetenbeschlusses v. 5. Sept. 1911 für die Stadtgemeinde Duisburg unter dem 9. Sept. 1911 ein obrigkeitlich genehmigtes Ortsstatut erlassen ist, nach dessen §§ 1, 2 Nr. 3, 5 Nr. 2 u. a. für die Herstellung von durch das öffentliche Interesse erforderten Straßendurchbrüchen von denjenigen Grundeigentümern, welchen hierdurch besondere wirtschaftliche Vorteile erwachsen, nach Maßgabe dieses Ortsstatuts nach den Vorteilen zu bemessende Beiträge zu den Kosten dieser Veranstaltung erhoben werden sollen, wobei der Kreis der Beitragspflichtigen und die Höhe der Beiträge in jedem einzelnen Falle durch Beschluß der Stadtverordnetenversammlung zu bestimmen ist. Ein solcher Beschluß ist dann in der Sitzung der Stadtverordneten v. 18. März 1913 unter Nr. 45 ergangen, wonach die durch die Durchlegung der Universitätsstraße wirtschaftlich bevorteilten Anlieger auf Grund des erwähnten Ortsstatuts zu Beiträgen nach § 9 KommAbgG. heranzuziehen sind, wobei neben anderen auch der damalige Eigentümer der hier in Rede stehenden Grundstücke, mit einem größeren Pauschalzuschlag besonders aufgeführt ist. Dieses dem BG. untergelaufene Versehen ist jedoch nicht geeignet, die rechtliche Stellung der Bekl. zu verbessern, denn auch die auf Grund dieser erwähnten Bestimmungen ausgeschriebenen Beiträge gehören zu den in das geringste Gebot fallenden Ansprüchen auf Entrichtung öffentlicher Lasten im Sinne des § 10 Nr. 3 ZwVG. Sie sind gemeine Lasten im Sinne des Art. 1 Nr. 2 PreußAusfG. zum ZwVG., denn sie beruhen nicht auf privatrechtlichem Titel, sondern haften auf den Grundstücken „nach Gesetz und Verfassung“ und zwar auf allen durch den Durchbruch wirtschaftlich bevorteilten, d. h. auf allen Grundstücken derselben Art. Derartige Beiträge werden denn auch von Nöll-Freund, KommAbgG. (8. Aufl. § 90 S. 463) zu den nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZwVG. bevorzugten, auf dem Grundstücke haftenden gemeinen Lasten gerechnet, und auch Jaeckel-Güthe, ZwVG. (S. 773 Anm. C) zählen die ortsstatutarischen Leistungen zu den erwähnten öffentlichen, gemeinen Lasten.

(R. w. V., U. v. 5. Okt. 1921; 159/21 V. — Düsseldorf.) [Sch.]

von dem Grundeigentümer erhobenen Beiträge auf dem Grundstück haften; denn ihre Erhebung ist an einen wirtschaftlichen Vorteil für das Grundstück geknüpft und betrifft den Grundeigentümer als solchen.

Eine andere Frage ist, ob auch die nach § 4 KommAbgG. erhobenen Gebühren, soweit sie von den Grundeigentümern erhoben werden, zu den gemeinen Lasten zu rechnen sind. Das OVG. hat für die laufenden Kanalisationsgebühren entschieden, daß sie zwar öffentlich-rechtliche Lasten sind, aber nicht auf dem Grundstück haften, vielmehr auf einer persönlichen Verpflichtung beruhen (vgl. OVG. 51, 62).

Auch das KG. hat sich in mehreren Entscheidungen dieser Ansicht angeschlossen, desgleichen die herrschende Meinung des Schrifttums (vgl. die Nachweisungen bei Jäckel-Güthe, Komm. z. ZVG., 5. Aufl. S. 774; Nöll-Freund, Komm. z. KommAbgG., 8. Aufl. S. 463).

Das RG. hatte keine Veranlassung, sich in der vorliegenden Entsch. mit dieser Frage zu befassen.

RA. Dr. Fritz Haußmann, Berlin.

10. Umfang der Befreiungsvorschrift in § 29 RSiedlG. v. 11. Aug. 1919.]

Aus den Gründen: Die beim Erwerb der Grundstücke durch das klägerische Siedlungsunternehmen an den Mecklenburgischen Staat gezahlte sog. „Konsensgebühr“ ist nach der für die Revisionsinstanz verbindlichen Annahme des BG. eine privatrechtliche Abgabe, deren Rückzahlung die Kl. unter Berufung auf die Befreiungsvorschrift in § 29 ReichsSiedlG. v. 11. Aug. 1919 begehrt. Die Revision meint, aus dem § 29 entnehmen zu dürfen, daß der Gesetzgeber alle Geschäfte, die einem Siedlungszwecke im Sinne dieses Gesetzes dienen, von allen Gebühren oder Abgaben befreien will, welche im Falle eines Grundstücksumsatzes der Erwerber nach anderweiten gesetzlichen Bestimmungen an einen Dritten zu leisten hat, und daß es dabei nicht darauf ankommt, ob es sich um eine Gebühr öffentlich-rechtlicher oder privatrechlicher Natur handelt. Die Auffassung geht fehl. Wie der Wortlaut des § 29 RSiedlG., der Befreiung „von allen Gebühren, Stempelabgaben und Steuern des Reichs, der Bundesstaaten und sonstigen öffentlichen Körperschaften“ einräumt, mit Sicherheit erkennen läßt, hält sich die den Geschäften und Verhandlungen, „die zur Durchführung von Siedlungsversetzern im Sinne dieses Gesetzes dienen“, gewährte Begünstigung im Rahmen einer öffentlich-rechtliche Gebühren, Stempel und Steuern ausschließenden Befreiungsvorschrift. Den Beteiligten sollen Kosten erspart bleiben, wie sie nach anderweiten Vorschriften im Interesse der Allgemeinheit mit dem Umsatze von Grundstücken verknüpft sind. Dagegen fehlt es an jeder Andeutung und jedem Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber damit in bürgerlich-rechtliche Verhältnisse habe eingreifen und begründete privatrechtliche Ansprüche habe beseitigen wollen. Hätte eine so auffallend weitreichende Absicht von enteignungsähnlichem Charakter vorgelegen, so hätte das Gesetz eine andere Fassung erhalten müssen und erhalten. Es würde dann nicht bloß eine Befreiung von Gebühren- und Abgabenerhebungen öffentlicher Körperschaften angeordnet, sondern es würde ausgesprochen sein, daß der Veräußerer und Erwerber von der Verpflichtung zur Entrichtung jeder öffentlich- sowie auch bürgerlich-rechtlichen Abgabe an das Reich, die Bundesstaaten und sonstige Dritte befreit seien.

(M. S. G. w. M.-Schw., U. v. 3. Febr. 1922; 539/21 VII. — Rostock.) [Sch.]

****11.** Dem Erstattungsanspruch des Bekl. aus § 717 Abs. 3 ZPO. kann der Kl. — im Gegensatz zu dem im Abs. 2 daselbst geregelten Schadensersatzanspruch — materiellrechtliche Einwendungen nicht entgegensetzen.]†)

Aus den Gründen: Durch Urteil des LG. Düsseldorf v. 26. Nov. 1918 ist der Bekl. verurteilt worden, an den Kl. 10400 ℳ nebst 5% Zinsen seit dem 8. Okt. 1917 zu

Zu 11. § 655 II der alten Fassung gewährte für den Fall der Aufhebung oder Abänderung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils dem Bekl. den Anspruch auf „Erstattung“ des auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten. Nachdem die Novelle von 1898 die Rechte des Schuldners durch die Einführung des Schadensersatzanspruches des § 717 II verbessert hatte, fügte die Novelle von 1910, um dem Kl. den Entschluß, von der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines oberlandesgerichtlichen Urteils Gebrauch zu machen, zu erleichtern, den § 717 III ein, durch den der Schuldner, gegen den aus einem Urteil eines OLG. vollstreckt worden war, wiederum auf einen bloßen Erstattungsanspruch beschränkt wurde.

zahlen. Das Oberlandesgericht in Düsseldorf hat durch Urteil v. 17. Dez. 1919 die Berufung des Bekl. zurückgewiesen, und das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt, dem Bekl. aber nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 12 000 ℳ abzuwenden. Bei der Vollstreckung dieses Urteils hat der Bekl. am 23. Febr. 1920 dem Gerichtsvollzieher die nachgelassene Sicherheit von 12 000 ℳ zum Zwecke der Hinterlegung übergeben. Der Gerichtsvollzieher hat diesen Betrag bei dem Amtsgericht Opladen mit der Bestimmung hinterlegt, daß über die Auszahlung das Prozeßgericht zu entscheiden habe. Demnächst wurde durch Urteil des erkennenden Senats v. 12. Juni 1920 auf die Revision des Bekl. das Urteil des OLG. aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BG. zurückverwiesen. Bei dieser Verhandlung beantragte der Bekl. zunächst, den Kl. zu verurteilen, darin einzuwilligen, daß der vom Gerichtsvollzieher bei der Gerichtskasse in Opladen gemäß § 720 ZPO. hinterlegte Betrag an den Bekl. herausgezahlt werde. Der Kl. widersprach diesem Antrage, weil ihm wegen seiner Klagforderung ein Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht zustehe. Das OLG. hat den Kl. verurteilt, darein einzuwilligen, daß an den Bekl. die von ihm zur Abwendung der Zwangsvollstreckung an den Gerichtsvollzieher bezahlten 12 000 ℳ nebst etwaigen Hinterlegungszinsen zurückbezahlt werden. Mit der Revision hat der Kl. beantragt, dieses Urteil aufzuheben und den ihm zugrunde liegenden Antrag des Bekl. zurückzuweisen. Der Bekl. war in der mündlichen Revisionsverhandlung nicht vertreten. Der Kl. hat den Sachverhalt aus dem Berufungsurteil vorgetragen und Erlaß des Versäumnisurteils beantragt. Das BG. hat den Anspruch des Bekl. auf Einwilligung in die Rückerstattung des streitigen Betrages für gerechtfertigt erachtet, weil die in § 717 Abs. 3 ZPO. bestimmten Voraussetzungen dieses Anspruchs vorlägen und die materiell-rechtlichen Einwendungen des Kl. nicht für zulässig zu erachten seien. Die von der Revision gegen diese Erwägungen erhobenen Angriffe sind nicht begründet. Dies gilt zunächst von ihrer Rüge, die Voraussetzungen des § 717 Abs. 3 ZPO. lägen deshalb nicht vor, weil der Bekl. den streitigen Betrag nicht „bezahlt" oder „geleistet" habe. Denn zu diesen Leistungen sind auch die im Wege der Zwangsvollstreckung herbeigeführten Leistungen des Schuldners zu rechnen. Um eine solche handelt es sich aber hier. Denn nach dem Tatbestande des BU. hat der Gerichtsvollzieher im Auftrage des Kl. das frühere, den Bekl. zur Zahlung verurteilende — demnächst vom RG. aufgehobene — BU. vollstreckt und dabei den im Wege dieser Vollstreckung erlangten Betrag auf Grund des § 720 ZPO. hinterlegt. Auch die zweite Rüge der Revision, die sich gegen die Annahme der Unzulässigkeit der materiell-rechtlichen Einwendungen des Kl. gegenüber dem Anspruche des Bekl. richtet, kann nicht als begründet erachtet werden. Die Revision meint, für den Erstattungsanspruch aus § 717 Abs. 3 ZPO. könne nichts anderes gelten wie für den Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2. Da die Verteidigung gegenüber diesem Anspruche nach RG. 76, 406 unbeschränkt sei, müßten auch gegenüber jenem Anspruche alle materiell-rechtlichen Einwendungen unbeschränkt zugelassen werden. Dieser Rechtsauffassung ist jedoch nicht beizutreten. Denn die erwähnte Entscheidung ist gerade damit begründet worden, daß § 717 Abs. 2 an Stelle des früheren Erstattungsanspruchs des § 655 Abs. 2 a. F. einen materiellrechtlichen Schadensersatzanspruch eingeführt habe, der nach den Verhandlungen der Gesetzeskommission den allgemeinen Bestimmungen des Rechtes der Schuldverhältnisse habe unterstellt werden sollen. Die Zulassung materiell-rechtlicher Einwendungen gegenüber Ansprüchen aus § 717 Abs. 2 ZPO. beruht daher ausschließlich auf der durch diese Vorschrift bewirkten Umgestaltung des früheren Erstattungsanspruches aus § 655 Abs. 2 a. F. Die Anordnung dieser Erstattung ist dagegen eine rein prozessuale Maßregel, die auf der Erwägung beruht, daß nach der Aufhebung eines vollstreckten Urteils bezüglich der durch die Vollstreckung herbeigeführten Vermögensverschiebung in Hinblick auf die veränderte Prozeßlage der frühere Zustand wiederhergestellt und deshalb der beigetriebene Betrag ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage erstattet werden müsse. Daraus ist vom RG. in ständiger Rechtsprechung gefolgert worden, daß die Vorschrift des § 655 Abs. 2 a. F. an den Wegfall des vollstreckbaren Titels die **unbedingte** Verpflichtung zur Erstattung des auf Grund desselben Geleisteten oder Beigetriebenen knüpfe, und daß mit dieser Vorschrift und ihrem erkennbaren Zwecke die Zulassung irgendwelcher Einwendungen auf Grund des materiellen Rechts nicht vereinbar sei (RG. 34, 354; JW. 95, 201). An diesem Standpunkte ist festzuhalten. Aus ihm folgt aber, daß auch für den durch das Gesetz v. 22. Mai 1910 für die im § 708 Nr. 7 bezeichneten Urteile der Oberlandesgerichte wiedereingeführten Erstattungsanspruch des § 717 Abs. 3 das gleiche gelten muß. Dieser Schlußfolgerung steht auch der im letzten Satze dieser Vorschrift enthaltene Hinweis auf § 541 Abs. 2 Satz 2 nicht entgegen. Denn an dem dargelegten prozessualen Charakter des Erstattungsanspruchs wird durch dessen sich aus § 541 Abs. 2 Satz 2 ergebende Einschränkung nichts geändert. Dieselbe Rechtsauffassung liegt auch dem bereits vom BR. angeführten Urteile des OLG. Celle v. 5. Okt. 1912 (ROLG. 26, 374) zugrunde. Diesen Erwägungen gegenüber lassen sich die im Schrifttum vielfach vertretenen abweichenden Meinungen (vgl. insbesondere **Hellwig**, System des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Teil S. 177 Anm. 13 und 14; **Stein**, ZPO. § 717 Anm. IV² und V³) nicht aufrechterhalten. Die Zurückweisung der materiellen Einwendungen des Kl. gegenüber dem Erstattungsanspruch des Bekl. erweist sich daher als gerechtfertigt.

(J. w. H., U. v. 21. Dez. 1921; 539/21 V. — Düsseldorf.)
[Sch.]

Die Frage, ob der Erstattungsanspruch des § 655 II in der Fassung von 1877 als ein rein prozessualer gedacht war oder ob dem Schuldner damit ein privatrechtlicher Anspruch gewährt werden sollte, hat an sich nur theoretische Bedeutung. Auch wenn man die „rein prozeßrechtliche Natur" des Erstattungsanspruches zugibt, so ist damit in keiner Weise entschieden, ob der Erstattungsanspruch ein solcher sein sollte, der ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage durchzusetzen war. M. E. kann davon keine Rede sein. Die Sache liegt nicht anders als bei dem Anspruch auf Erstattung zu Unrecht beigetriebener Steuern gemäß §§ 300 II, 129 RAbgO. Die Ansicht, daß der Steuerfiskus eine grundlos beigetriebene Abgabe „ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage" auch insoweit herauszahlen müsse, als ihm gleich hohe Gegenforderungen gegen den Steuerschuldner zustehen, dürfte gewiß niemand vertreten, auch nicht, wer mit **Lassar**, Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht 185 ff., den Erstattungsanspruch als einen rein öffentlichrechtlichen ansieht, auf den die Vorschriften der §§ 812 ff. BGB. keine Anwendung finden.

Mag man aber auch über den Erstattungsanspruch des alten § 655 II denken wie man will, so ist doch nicht darüber hinwegzukommen, daß der Erstattungsanspruch nach § 717 III, wie aus der Verweisung auf § 541 II unweigerlich folgt, entweder ein rein privatrechtlicher Anspruch gemäß §§ 812 ff. BGB. oder, wenn man an der Lehre von der prozeßrechtlichen Natur des Anspruches festhalten will, als ein solcher anzusehen ist, auf den die Normen über ungerechtfertigte Bereicherung entsprechende Anwendung finden. Der Gläubiger muß also in der Lage sein, gegenüber dem Anspruch aus § 717 III geltend zu machen, daß ihm die Herausgabe unmöglich (§ 818 II BGB.), daß die Bereicherung in Wegfall gekommen sei (§ 818 III BGB.), daß er den Erstattungsanspruch durch Zahlung oder durch Hingabe an Zahlungsstatt erfüllt habe und endlich auch, daß er mit einer Gegenforderung aufrechne. (Auf die — auch im Falle des § 717 II streitige — Frage, ob zur Aufrechnung auch die Klageforderung selbst benutzt werden kann, soll hier nicht eingegangen werden.) Soweit eine dieser Einwendungen besteht, kann der Erstattungsanspruch nicht durchdringen, da der Gläubiger eben insoweit nicht oder nicht mehr bereichert ist. Wie das RG. seine gegenteilige Meinung begründen will, ist weder aus seinen eigenen Entscheidungsgründen, noch aus denen des OLG. Celle, auf dessen Entscheidung es verweist, zu erkennen.

Dazu noch ein praktisches Bedenken. Fordert der Schuldner im Falle des § 717 II als Schadensersatz wegen ungerechtfertigten Vollstreckungsbetriebes den beigetriebenen Betrag zurück — in der Mehrzahl der Fälle wird sich der Schadensersatzanspruch gerade auf diesen Betrag beschränken —, so soll ihm die Geltendmachung aller materiellrechtlichen Verteidigungsmittel freistehen. Fordert der Schuldner dagegen im Falle des Abs. III Erstattung der Bereicherung, so soll der Gläubiger ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage den beigetriebenen Betrag herausgeben müssen, — ein Ergebnis, das ganz gewiß nicht dem Sinne des Gesetzes entspricht.

RA. Dr. Richard Kann, Berlin.

**12. Zuständigkeit des RG. für Revisionen gegen Urteile des OLG. Cöln und Verordnung der Regierungskommission des Saargebietes v. 2. Aug. 1921.]†)

Aus den Gründen: Die Befugnis des RG., in der vorliegenden Sache noch zu entscheiden, ist nicht zu beanstanden. Auch die Verordnung der Regierungskommission des Saargebiets betr. Abänderung der Justizgesetze usw. vom 2. Aug. 1921 (Amtsblatt der Regierungskommission 1921 Nr. 11 S. 125) — im folgenden kurz als VO. bezeichnet — spricht nicht dagegen. Sie bestimmt an Stelle des OLG. Cöln den Obersten Gerichtshof für das Saargebiet in Saarlouis zum BG. für die Zivilprozeßsachen, die in erster Instanz vom LG. Saarbrücken entschieden sind, und sie läßt eine Revision gegen Urteile des Obersten Gerichtshofs für das Saargebiet nicht zu. Die VO. ist am 7. Aug. 1921 in Kraft getreten, Übergangsvorschriften sind nicht gegeben worden. Die Entscheidung der aufgeworfenen Zweifelsfrage ist also aus dem geltenden Prozeßrecht und namentlich aus § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. zu entnehmen. Die Berufung in der vorliegenden Sache ist bei dem OLG. Cöln bereits am 7. Jan. 1921 eingegangen. Damals war das OLG. Cöln für die Berufung noch zuständig, und diese Zuständigkeit wurde nach der eben genannten Bestimmung durch eine nachträgliche Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt. Das Anwenden dieser Vorschrift könnte vielleicht bedenklich sein, wenn es sich um die Gerichte verschiedener Staaten und um verschiedene Verfahrensgesetze handelte. Das Saargebiet bildet aber nach wie vor einen Teil des Deutschen Reichs. Nur seine Regierung ist für eine gewisse Frist einem den Völkerbund vertretenden Ausschuß übertragen worden, § 16 in Kap. II der Anl. zu Abschn. IV FV. Die deutsche ZPO. gilt dort nach wie vor als deutsches Recht. Gerade der § 263 ist auch durch die VO. nicht abgeändert worden. Dieser Rechtslage entspricht die bisherige Übung. Die Regierungskommission des Saargebiets hat die vor dem 7. Aug. 1921 an das OLG. Cöln gelangten Berufungen in Sachen des LG. Saarbrücken nicht zurückgefordert oder zurückfordern lassen. Sie sind bei dem OLG. Cöln weiter bearbeitet worden. Ähnlich ist es übrigens in Strafsachen gehandhabt worden. Das RG. hat auf die vor dem 7. Aug. 1921 bei ihm eingegangenen Revisionen gegen die Urteile des LG. Saarbrücken auch noch nach jenem Zeitpunkt entschieden. Ist aber das OLG. Cöln auch nach dem 7. Aug. 1921 für die Entscheidung der gegenwärtigen Sache noch zuständig geblieben, so unterliegen seine Urteile auch nach wie vor der Prüfung des RG. Über die Zulässigkeit der Revision gegen Urteile des OLG. Cöln hat die VO. Vorschriften weder erlassen wollen noch erlassen können.

(L. w. L., U. v. 16. Dez. 1921; 364/21 VII. — Cöln.) [Sch.]

Zu 12. Die Entsch. berührt das außerordentlich kritische und schwierige Gebiet des Rechtes, das zur Zeit für das Saarbecken gilt. Das RG. hat seine Entsch. lediglich aus § 263 Ziff. 2 ZPO. gewonnen, da die deutsche ZPO. gemäß § 23 der Anlage zu Art. 50 FV. in Kraft geblieben ist, so ist diese Entsch. jedenfalls zutreffend, denn in § 263 Ziff. 2 ZPO. ist bestimmt, daß die Zuständigkeit des Prozeßgerichts durch eine Veränderung der sie berührenden Umstände nicht berührt wird. Abs. 2 des § 23 dieser Anlage gibt allerdings dem Regierungsausschuß das Recht, nach Anhörung der gewählten Vertreter der Bevölkerung Änderungen einzuführen, sofern diese aus allgemeinen Gesichtspunkten oder um die deutschen Gesetze und Verordnungen mit den Bestimmungen des gegenwärtigen Vertrages in Einklang zu bringen, nötig werden. Um eine solche Verordnung handelt es sich bei der in dem Urteil erwähnten Verordnung der Regierungskommission v. 2. Aug. 1921. Diese VO. steht aber, wie das RG. zutreffend ausführt, der Entscheidung nicht entgegen. Sie will § 263 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. nicht abändern, sondern soll lediglich die Bestimmung des § 25 Abs. 2 Anlage zu Art. 50 FV. ausführen, wo bestimmt ist:

> „Von dem Regierungsausschuß wird ein Gerichtshof für Zivil- und Strafsachen eingesetzt, der die Berufungsinstanz für die vorerwähnten Gerichte zu bilden und auf den sachlichen Gebieten zu entscheiden hat, für die diese Gerichte nicht zuständig sind."

Mit vollem Recht führt das RG. weiter aus, daß das Saargebiet nach wie vor einen Teil des Deutschen Reiches bilde. Art. 49 FV. besagt lediglich, daß Deutschland zugunsten des Völkerbundes auf die Regierung des Saargebietes verzichte. Aus Abs. 2 dieses Artikels ergibt sich deutlich, daß die Souveränität über dieses Gebiet bei Deutschland verblieben ist. § 19 der Anlage gibt dem Regierungsausschuß im Saarbecken alle Regierungsbefugnisse, die früher dem Deutschen Reiche, Preußen und Bayern zustanden, einschließlich des Rechtes, Beamte zu ernennen und abzuberufen und alle ihm erforderlich scheinenden Verwaltungs- und Vertretungsstellen zu schaffen, ferner volle Freiheit der Verwaltung und Ausbeutung der Eisenbahnen, Kanäle und sonstigen öffentlichen Betriebe.

Das RG. entscheidet nicht die Frage, ob die VO. v. 2. Aug. 1921 rechtsgültig ist oder zum mindesten insoweit nichtig ist, als sie für die nach ihrem Inkrafttreten anhängig gewordenen Prozesse eine Revision nicht zuläßt. Hierzu ist zu sagen, daß diese Bestimmung über den Ausschluß der Revision keine Regierungsmaßnahme ist, sondern ein Eingriff in die Gesetzgebung, zu welchem die Regierungskommission nur nach Maßgabe des § 23 Abs. 2 der Anlage berechtigt gewesen wäre. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb es aus allgemeinen Gesichtspunkten oder um die deutsche ZPO. mit den Bestimmungen des Friedensvertrages in Einklang zu bringen, es nötig geworden wäre, den Bewohnern des Saargebietes ihr Recht auf Revision zu nehmen. § 25 Abs. 2 der Anlage spricht auch nur von der Einrichtung eines Berufungsgerichtes, nicht aber von dem Ausschluß der Revision. Die ganzen Vorschriften des Friedensvertrages über die Regelung der Verwaltung des Saargebietes stehen nach Art. 46 FV. unter dem Prinzip, daß die Bestimmungen erlassen sind „zur Sicherstellung der Rechte und der Wohlfahrt der Bevölkerung". Es widerspricht aber der Wohlfahrt der Bevölkerung, daß man ihr das Recht auf Revision in allen wichtigen Prozessen nimmt.

RA. u. PrivDoz. Dr. Grimm, Essen.

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und Rechtsanwalt Dr. Alsberg, Berlin.

1. [Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 243 Ziff. 3 StGB. bei Diebstahl mittels des richtigen Schlüssels.]†) Z. und W. haben die Türe des Ladens, in dem sie den Diebstahl ausführten, mit dem richtigen Schlüssel geöffnet, den W. seiner Schwester, einer Angestellten des Ladeninhabers, während sie schlief, weggenommen hatte. Auf Grund dieser Feststellung hat die StK. die beiden Angekl. wegen eines gemeinschaftlich verübten Nachschlüsseldiebstahls i. S. des § 243 Nr. 3 StGB. verurteilt und zur Begründung folgendes ausgeführt. Der Schlüssel sei an sich der richtige, d. h. zur ordnungsmäßigen Eröffnung des Ladens bestimmte Schlüssel; diese Bestimmung habe ihm aber nur in der Hand des Berechtigten, d. h. des Ladeninhabers, und der von diesem ermächtigten Personen und nur so lange innegewohnt, als er sich im Besitz einer dieser Personen befunden habe und ihm nicht die Bestimmung, zur Eröffnung des Ladens zu dienen, entzogen gewesen sei; in dem Augenblick aber, in dem ein Unbefugter durch Diebstahl oder dergleichen in den Besitz des Schlüssels gekommen sei, habe er diese Bestimmung verloren; in der Hand des W., der den Schlüssel seiner zur Benutzung ermächtigten Schwester unbefugterweise weggenommen habe, sei der Schlüssel zu einem falschen, d. h. zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmten Schlüssel geworden; der Angekl. Z. habe überdies zur Zeit der Tat angenommen, daß W. den Laden mit einem Sperrhaken geöffnet habe. Zur Unterstützung ihrer Ansicht hat die StK. auf RGSt. 40, 80 Bezug genommen. Diese Ausführungen sind zum Teil rechtsirrig. Darüber, ob ein Schlüssel zur ordnungsmäßigen Eröffnung eines Schlosses bestimmt ist, entscheidet der Wille des zur Verfügung über das Schloß Berechtigten (RGSt. 4, 414 [415]). Die Bestimmung kann wechseln. Der Berechtigte kann von vornherein die Bestimmung auf eine Frist begrenzen, namentlich in der Weise, daß die Frist mit der Beendigung eines Rechtsverhältnisses abläuft, das den Anlaß gegeben hat, den Schlüssel zur Eröffnung zu bestimmen. Dieser Satz liegt der von der Strafkammer angeführten Entscheidung (RGSt. 40, 80) zugrunde, ist aber auf den gegenwärtigen Fall nicht anwendbar; denn eine zeitliche Begrenzung der gedachten Art ist nicht festgestellt; die Schwester des Angekl. W., welcher der Schlüssel vom Berechtigten anvertraut war, befand sich zur Zeit des Diebstahls bei letzterem noch in Stellung. — Der Berechtigte kann ferner nachträglich einem Schlüssel, dem

Zu 1. Die Entsch. über den Gebrauch des angewendeten aber durch Diebstahl entwendeten richtigen Schlüssels ist die in der Praxis und Theorie herrschende. Ein echter Schlüssel wird zu einem falschen erst, wenn der rechtmäßige Inhaber diesen Schlüssel dauernd zu der Eröffnung des Schlosses in erkennbarer Weise bestimmt hat.

Geh. Hofrat Prof. Dr. v. Lilienthal, Heidelberg.

er die Bestimmung zur Eröffnung eines Schlosses gegeben hatte, diese Bestimmung wieder entziehen, insbesondere dann, wenn der Schlüssel gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist (RGSt. 5, 17 [19]). Auch hierzu ist aber eine Willenserklärung des Berechtigten erforderlich, die zwar nicht ausdrücklich zu sein braucht, wohl aber für andere unzweideutig erkennbar sein muß (RGSt. 5, 17 [19]; 39, 436 [438]; 52, 84 [86]). Dadurch allein, daß der Schlüssel wider den Willen des Berechtigten durch Diebstahl oder auf sonstige Weise in den Besitz eines Unbefugten gelangt und dieser ihn zur Begehung eines Diebstahls gegen den Berechtigten mißbraucht, wird der zur ordnungsmäßigen Eröffnung bestimmte Schlüssel noch nicht zu einem falschen (RGSt. 52, 84 und 85). Ein Willensakt des bestohlenen H. aber, durch den dem Schlüssel die Bestimmung zur ordnungsmäßigen Eröffnung des Ladens entzogen worden wäre, ist nach den getroffenen Feststellungen nicht erkennbar; die unbefugte Inbesitznahme des Schlüssels durch W. war offenbar vor der Ausführung des Diebstahls gar nicht zur Kenntnis des H. gelangt und konnte daher auch keinen Anlaß zu einem Willensakt der fraglichen Art bilden. War aber der Schlüssel zur Zeit der Ausführung des Diebstahls objektiv noch zur ordnungsmäßigen Eröffnung des Ladens bestimmt, so kann die Tat der Angekl. auch dann nicht als Nachschlüsseldiebstahl beurteilt werden, wenn der eine oder andere Täter den Schlüssel für ein zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmtes Werkzeug gehalten hätte; es läge dann insoweit ein Wahnverbrechen vor.

(U. v. 6. Sept. 1921, 4 D 1286/21.) [D.]

2. [Fehlen eines Zwanges, den Angekl. auf die Veränderung tatsächlicher Gesichtspunkte hinzuweisen. — Betrug gegen den Notar durch zu niedrige Angabe des Objekts.]†) I. Der Einwand, das Landgericht habe die Angeklagten wegen einer anderen Tat verurteilt, als wegen deren das Hauptverfahren gegen sie eröffnet worden sei, geht fehl. Richtig ist, daß der Eröffnungsbeschluß den beiden Angekl. u. a. zur Last legte, durch eine Vorspiegelung falscher Tatsachen das Vermögen des Justizfiskus beschädigt zu haben, während das Urteil auf der Feststellung beruht, daß durch jene Vorspiegelung das Vermögen des Notars F. in S. beschädigt worden ist. Dadurch ist aber die in der Anklage bezeichnete Tat keine andere geworden. Nach feststehender reichsgerichtlicher Rechtsprechung erfordert der Begriff der Identität der Tat im Sinne des § 263 StPO. nichts weiter, als daß der im Eröffnungsbeschlusse gekennzeichnete geschichtliche Vorgang in seinen wesentlichen Bestandteilen derselbe geblieben ist. Im Mittelpunkte der erhobenen Anklage stand aber die Behauptung, die Angekl. hätten bei Abschluß des notariellen Kaufvertrags über das Hausgrundstück Blatt 1191 des Grundbuchs für S. der Kostenersparnis halber den Kaufpreis um 15 000 ℳ zu niedrig angegeben. Ganz derselbe Tatbestand liegt auch der jetzt angefochtenen Verurteilung der Beschwerdeführer zugrunde. Die Abweichung vom Eröffnungsbeschlusse liegt nur darin, daß eine andere Person als in ihrem Vermögen hierdurch beschädigt angesehen worden ist. Die Abweichung ist nicht erheblich genug, um die Tat selbst als eine wesentlich andere erscheinen zu lassen. RGSt. 8, 135; 15, 133 (136). Unverändert geblieben ist auch das in der Anklage angeführte Strafgesetz (der § 263 StGB.), so daß ein Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes gemäß § 264 StPO. nicht geboten war. — II. Gegen die sachliche Entscheidung sind ebenfalls keine durchgreifenden rechtliche Bedenken geltend zu machen. Die Strafkammer stellt fest, daß das an R. mitverkaufte Inventar sehr wenig wert war, allerhöchstens etwa 2800 ℳ, und daß der hierfür angesetzte Preis zum mindestens in Höhe von 8000 ℳ ein Teil des Grundstückspreises gewesen ist. Die Ausführungen des Urteils lassen keinen Zweifel darüber, daß die Angekl. den Inventarpreis nur zu Täuschungszwecken auf 15 000 ℳ beziffert haben, während er in Wahrheit zum größten Teile Kaufpreis für das Grundstück gebildet hat. In den Urteilsgründen wird mehrfach hervorgehoben, daß der Kaufpreis für das Grundstück als solches in Wirklichkeit viel höher war als 40 000 ℳ, und daß die Angekl. das mündliche Abkommen über den Inventarkauf nur getroffen haben, um in dem notariellen Vertrage einen dementsprechend niedrigeren Kaufpreis angeben zu können. Entscheidend aber ist nicht der niedergeschriebene, sondern der von den Parteien nachweisbar gewollte Kaufpreisbetrag. Auch im übrigen sind die Merkmale des strafbaren Betrugs gegen die beiden Angekl. rechtsbedenkenfrei festgestellt. Als erwiesen wird namentlich betrachtet, daß den Angekl. bekannt war, die Notariatsgebühren würden nach dem Werte des Gegenstands abgestuft, und daß sie, wenn es ihnen auch nicht gerade auf die Ersparung von Notariatsgebühren ankam, sich doch zum mindesten bewußt gewesen sind, daß die zu niedrige Angabe des Grundstückskaufpreises zur Ansetzung niedrigerer Notariatsgebühren führen werde.

(U. v. 17. Jan. 1922, 2 D 699/21.) [A.]

Zu 2. 1. Um den prozessualen Teil der Entsch. richtig zu würdigen, empfiehlt es sich, zunächst zu den materiellrechtlichen Fragen Stellung zu nehmen.

Erstes Erfordernis der Bejahung eines gegen den Notar verübten Betruges durch unwahre Angaben ist die Feststellung, daß der Notar einen persönlichen vermögensrechtlichen Anspruch darauf hat, daß, soweit er zur Beurkundung eines Vertrages zugezogen wird, ihm der wahre Wert des Objekts angegeben wird. Zu dieser für die Praxis allgemein wichtigen Frage, die namentlich bei der Abfassung von Testamenten vom Publikum recht häufig nicht beachtet wird, s. die Darlegungen von Oberneck zu OLG. Marienwerder unten S. 820 f. Mit der Bejahung dieses Anspruchs des Notars ist aber noch nicht gesagt, daß dem vorstehenden Urteil des RG. zuzustimmen ist, vielmehr ist in subjektiver Beziehung zu bemängeln, daß es nicht als genügend angesehen werden kann, wenn lediglich das Bewußtsein des Täters dahingehend festgestellt wird, daß die zu niedrige Ansetzung des Kaufpreises zur Ansetzung niedriger Gebühren führen werde. Überall wo das Gesetz neben dem Vorsatz noch eine bestimmte Absicht erfordert, decken sich die Begriffe Vorsatz und Absicht nicht, so daß das bloße Bewußtsein des Täters, daß er sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen werde, zur Begründung der nach § 263 StGB. erforderlichen Absicht nicht genügt (s. Rspr. 6, 493 [495]; RGSt. 15, 9 [10]; 27, 217 [219]; 44, 87 [91]; s. ferner Olshausen zu § 263 unter 49 und speziell über Absicht und Vorsatz Eichelbaum in LZ. 1916, 985 f.; Frank zu § 59 sub 6; Binding, Normen II. Aufl., II 2, S. 1171, vgl. auch S. 1165 sub 2 und meine Ausführungen in JW. 1918, 713 ff. auf S. 716; vgl. auch RGKomm. S. 25). In subjektiver Beziehung wird die Rechtsprechung in Fällen wie diesen schon deshalb besonders vorsichtig vorgehen müssen, weil erfahrungsgemäß weiteste Kreise des Publikums, und zwar auch des gebildeten Publikums, des Glaubens sind, daß weder eine Verpflichtung bestehe, dem Rechtsanwalt genau das Objekt zu beziffern, was zu einer Rechtsfrage Veranlassung gibt, noch dem Notar den wahren Wert des Kaufobjekts anzugeben. Gefördert wird eine solche Auffassung sicherlich dadurch, daß der Fiskus, dessen Gebühren durch den gleichen Notariatsakt fällig werden, eine Verkürzung dieser Gebühren regelmäßig deshalb nicht als einen gegen ihn verübten Betrug ansehen kann, weil Spezialbestimmungen existieren, auf Grund deren die Hinterziehung der Gebühren unter ein besonderes, und zwar milderes, Gesetz gestellt ist. (Darüber, daß solche Spezialvorschriften eine Bestrafung wegen Betruges ausschließen; vgl. Frank zu § 263, XI 8; Olshausen Vorbem. 3a zum 22. Abschnitt.) Soweit in einzelnen Landesteilen ausnahmsweise solche Spezialbestimmungen nicht existieren, kann auch hier die Frage des Betruges aufgeworfen werden. In einem solchen Fall ist der 3. Sen. in dem Urteil v. 24. Jan. 1884, RGSt. 10, 84 f., zu einer Verurteilung gelangt, weil im Fürstentum Reuß, wo sich der Fall ereignet hatte, Spezialbestimmungen fehlten.

2. In prozessualer Beziehung beleuchtet die Entsch. eine der bedenklichsten Lücken der StPO. Unsere Prozeßordnung kennt nur (s. § 264) einen Zwang, auf eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hinzuweisen, nicht aber auch auf eine Veränderung des tatsächlichen Gesichtspunktes. Daß hier die Quelle zahlreicher Justizirrtümer zu suchen ist, steht für den Kenner der Praxis außer Frage (s. mein „Justizirrtum und Wiederaufnahme", Berlin 1913, S. 15 f.). Diese Gefahr wird auch nicht durch die Einführung einer Berufungsinstanz beseitigt, wenn der Berufungsinstanz die gleiche Freiheit bleibt.

Gegenüber dem von der Anklage erhobenen Vorwurf, den Justizfiskus betrogen zu haben, konnte der Verteidiger des Angekl. sich mit dem Hinweis darauf begnügen, daß das Vorliegen von Spezialbestimmungen die Anklage von vornherein als rechtlich unbegründet erscheinen lasse. Gegenüber dem veränderten Vorwurf, daß der instrumentierende Notar betrogen sei, bedurfte es einer Prüfung des Rechtsverhältnisses zwischen Mandanten und Notar und vor allem einer minutiösen Stellungnahme zu der subjektiven Seite des Falles. Trotzdem mußte das RG. auf Grund der bestehenden Gesetzgebung eine Nachprüfung nach der Richtung ablehnen, ob der Angekl. in der Verhandlung entsprechend belehrt war, denn diese Belehrung brauchte nicht protokolliert zu werden und ihre Unterlassung gab keine Rüge wegen Verletzung einer prozessualen Vorschrift.

RA. Dr. Max Alsberg, Berlin.

3. [Intellektuelle Urkundenfälschung.]†) Dadurch, daß sich die Beschwerdeführerin bei ihrer Vernehmung durch den Magistratssekretär R. am 11. Aug. 1919 fälschlicherweise als Frau H. bezeichnete und hierdurch bewirkte, daß R. in dem von ihm über die Vernehmung aufgenommenen Protokolle nicht die Beschwerdeführerin, sondern Frau H. als erschienen bezeichnete, ist der § 271 StGB. nicht verletzt. Dazu wäre erforderlich, daß sich der öffentliche Glaube des Protokolls auch darauf erstreckte, daß die damals erschienene Person die Ehefrau H. gewesen ist, und dies ist nicht der Fall. Denn in Ermangelung von Vorschriften, welche dem bezeichneten Protokoll eine weitergehende Wirksamkeit beilegen, wurde durch

---

Zu 3. Das RG. ist der Auffassung, daß sich die Beweiskraft des Magistratsprotokolls nicht auf die Übereinstimmung der Person, die etwas erklärt hat, mit der in der Niederschrift bezeichneten Namensträgerin erstrecke. Es beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf vorhergehende Entscheidung der ersten drei Strafsenate, zu denen sich seit der Entsch. v. 4. Juni 1912 (46, 113) wie auch im vorliegenden Fall der vierte gesellt. Man kann daher hier von einer seit rund 40 Jahren feststehenden Rechtsprechung des RG. reden. Um so gewagter mag es scheinen, wenn hier der Versuch unternommen wird nachzuweisen, daß die Auffassung des RG. unrichtig ist und die Anwendbarkeit des § 271 allzusehr einengt. Als Helfer im Streit steht mir vor allem Binding (Lbch. II 1, 283 ff.) zur Seite. Aber auch Frank (Komm. Note II 1 zu § 271) und Schwartz (Komm. Note 3 zu § 271) treten einigen Entsch. des RG., die ihnen zu weit gehen, entgegen. Olshausen (Komm. Note 6 zu § 271), v. Liszt (Lbch. 23, S. 555 Anm. 6), Wachenfeld (Lbch. S. 501 Anm. 3) und der RGRKomm. (Note 8 zu § 271) stimmen der Auffassung des RG. zu. Zunächst ist mit Binding zu verlangen, daß eine öffentliche Urkunde als unteilbares Ganzes betrachtet wird; man darf also die Urkunde nicht in einzelne Teile zerlegen und jeden Teil gesondert auf seine Beweiskraft prüfen. Wenn nun aber Binding weiter meint, die Einsluschung (sic!) jeder unwahren Tatsache in die Urkunde sei verboten und strafbar, so geht er darin sicherlich viel zu weit. Er zieht auch längst nicht alle Folgerungen aus diesem Satz, sondern er prüft ganz richtig, für welche Tatsachen die Urkunde Beweis liefert. Bei Verhandlungs- und Vernehmungsprotokollen in Prozessen nimmt er an, daß die falschen Angaben zur Person eine strafbare Veranlassung zur Falschbeurkundung darstellen; denn es handle sich hier in der Tat um Identitäts-Beurkundungen. Für Verhörsprotokolle der Polizei und des Ermittelungsrichters muß diese Behauptung angezweifelt werden, nicht aber für Hauptverhandlungsprotokolle. Das Verhör des Beschuldigten dient unter anderem der Ermittlung, ob der Verhörte tatsächlich diejenige Person ist, die er zu sein angibt. Folglich beweist es nicht die Identität des Beschuldigten mit der Person, als die er sich in das Verhörsprotokoll aufnehmen läßt. In der Hauptverhandlung dagegen wird die Identität vorausgesetzt; sie bildet die Grundlage für das Urteil, für den Eintrag in das Strafregister und für die Zwangs- (Straf-) Vollstreckung. Hierin stimmen auch Frank und Schwartz überein. (Auch für Verhandlungsprotokolle im Zivilprozeß ist das RG. in 46, 113 a. M., die von Frank ausdrücklich bekämpft wird.) Sicherlich bekunden solche Niederschriften nicht die Wahrheit der darin enthaltenen vom Angekl. oder von der Partei abgegebenen Erklärungen. Das kann man nicht einmal von Niederschriften über Zeugenaussagen behaupten, die nur beweisen, falls die Zeugen beeidigt sind, daß sie die darin enthaltenen Aussagen nach bestem Wissen und Gewissen gemacht haben. Hauptverhandlungsprotokolle bekunden aber nicht nur, wie das RG. meint, daß sich der Angekl. oder die Partei des darin angegebenen Namens bedient habe, sondern auch, daß die Personen mit den im Protokoll angegebenen Namensträgern identisch sind.

Forscht man nach dem Grunde für diese sich zunächst gefühlsmäßig aufdrängende Auffassung, so wird man ihn zunächst in der Wahrheitspflicht zu suchen haben, wie sie § 360 Ziff. 8 gegenüber den zuständigen Beamten oder Behörden feststellt oder voraussetzt; bestünde sie nicht, dann könnte die Angabe eines der Person nicht zukommenden Namens nicht strafbar sein. Aber dieser Umstand allein kann nicht maßgebend sein; sonst müßte man folgerichtig auch dazu gelangen, die Angabe eines falschen Namens zu Protokoll der Polizei oder des Ermittlungsrichters als Veranlassung zur Falschbeurkundung zu bestrafen. Es muß also noch ein weiterer Grund dazu kommen, der erst in Verbindung mit der Wahrheitspflicht die Strafbarkeit der falschen Namensangabe als Falschbeurkundung begründet. Dieser Grund ist in der Beweismitteleigenschaft der Urkunde zu sehen, nicht in der Beweisbestimmung einzelner Teile der Urkunde, wie vielfach angenommen wird. Soweit man auf die Wahrheit dessen, was die Urkunde aussagt, vertraut, soweit muß derjenige, der die amtliche Niederschrift seiner Angaben bewirkt, bei der Wahrheit bleiben. Bringt man diesen Satz in Verbindung mit der Wahrheitspflicht bei der Angabe seines Namens, so wird man im Einklang mit § 271 StGB. folgenden Grundsatz aufstellen: Wer sich einer Behörde oder einem Beamten gegenüber eines ihm nicht zukommenden Namens bedient, und dadurch vorsätzlich bewirkt, daß der falsche Name in einer öffentlichen Urkunde aufgenommen wird, der macht sich der mittelbaren Falschbeurkundung strafbar, wenn die Erklärung des Namens für Rechte oder Rechtsverhältnisse dadurch von Erheblichkeit ist, daß man auf die Richtigkeit des Namens, den die Urkunde angibt, vertraut; die Rechtserheblichkeit der Namensangabe ist immer dann gegeben, wenn man gerade von der Person dessen, den die Urkunde nennt, im Vertrauen auf die Wahrheit der urkundlichen Aussage (Identität) Folgerungen für Rechte oder Rechtsverhältnisse ableitet.

Vergleicht man dieses Ergebnis einerseits mit den vom RG. getroffenen Entsch., andererseits mit den von Binding aufgestellten Lehren, so sieht man, daß es zwischen beiden Extremen einen Mittelweg einschlägt; auch dieser Umstand spricht für seine Richtigkeit.

Bisher ist nur die objektive Seite der uns hier beschäftigenden Fälle der mittelbaren Falschbeurkundung in Betracht gezogen worden. Man darf aber nicht übersehen, daß § 271 vorsätzliche Begehung zur Strafbarkeit verlangt. Ist ein Fall mittelbarer Falschbeurkundung äußerlich festgestellt, so muß weiter geprüft werden, ob der Täter gewußt hat, daß er durch die Angabe eines falschen Namens bewirkt, daß eine amtliche Beurkundung entsteht, auf die man allgemein vertraut, indem man von der Person des Namensträgers Folgerungen für Rechte oder Rechtsverhältnisse ableitet. Es braucht dem Täter auf diese Wirkung nicht gerade anzukommen (Absicht), ja es genügt sogar, wenn sich der Täter solche Wirkungen seiner Namensangabe als möglich vorstellt und, falls sie eintreten sollten, damit einverstanden ist (unbestimmter Vorsatz).

Wendet man die Ergebnisse dieser Untersuchung auf den vorliegenden Fall an, so wird man die Entsch. des RG. als unrichtig bezeichnen müssen. Sie gibt zwar nur höchst dürftigen Aufschluß darüber, was in dem Magistratsprotokoll beurkundet worden ist. Soviel läßt aber der letzte Absatz des Urteils erkennen, daß es sich um eine vom Magistrat vermittelte oder in die Hand genommene Leistung handelt, etwa um Holzlieferungen aus einem städtischen Forst. Hierbei hat sich die Angekl. B. als Ehefrau des mitangekl. H. ausgegeben, und beide haben über empfangene oder zu empfangende Leistungen quittiert, auf die anscheinend H. und seine Ehefrau ein Recht hatten. Trifft diese Annahme zu, dann kam es darauf an, daß gerade Frau H. die fragliche Leistung zu empfangen oder bereits erhalten hatte; denn dann brauchte die Stadt ihr nichts mehr zu liefern. Daraus, daß sich die Angekl. B. als Frau H. ausgab und bewirkte, daß die für Frau H. rechtswirksame Erklärung als von ihr herrührend in das Protokoll aufgenommen wurde, hat sie objektiv gegen den § 271 verstoßen. Daß sie diesen Sachverhalt durchschaut hat, muß nach dem Urteil der Vorinstanz ebenfalls angenommen werden. Folglich war das Strafkammerurteil richtig, und das RG. hätte die Revision verwerfen müssen.

Die Angekl. B. hat ihre vom Magistratssekretär beurkundete Erklärung mit dem Namen „Frau H." unterschrieben. Damit hat sie sich persönlich zu der von ihr abgegebenen rechtswirksamen und beweiserheblichen Erklärung bekannt, der sie den Anschein gab, als rühre sie von Frau H. her. Richtig sieht das RG. darin die fälschliche Anfertigung einer für Rechte beweiserheblichen Privaturkunde. Wenn es nun aber der Vorinstanz anheimgibt — man könnte sogar sagen: zumutet —, darin eine von beiden Angekl. gemeinschaftlich begangene gewinnsüchtige Privaturkundenfälschung zu sehen, so ist das recht bedenklich. Zunächst deshalb, weil auf das Gebrauchmachen von dieser Urkunde nicht das geringste Gewicht gelegt wird. Blieb die Urkunde bei den Akten, so wird man nicht sagen können, daß die Angekl. von ihr Gebrauch gemacht oder sie zum Zwecke der Täuschung hat gebrauchen lassen (mittelbare Täterschaft). Hat sie der Angekl. H. zum Zweck der Empfangnahme einer Leistung verwendet, die ihm nicht zustand (vielleicht war er gar nicht verheiratet oder lebte von seiner Frau getrennt), dann wird man der Angekl. B. Mittäterschaft, die das RG. annimmt, vielleicht gar nicht zur Last legen können. Sie führte zwar einen Teil der Straftat aus, tat dies aber nicht mit dem Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit; sollte es doch der Fall sein, so bedürfte es jedenfalls, wenn die Angekl. keinen Vorteil daran hatte oder haben sollte, eines besonders sorgfältigen Nachweises. Hat aber der Angekl. B. das Protokoll mit der Privaturkunde nicht gebraucht oder gebrauchen lassen, dann hat er die Tat auch nicht zum kleinsten Teil mit ausgeführt, kann also nicht als Mittäter, sondern nur als Gehilfe zur Verantwortung gezogen werden, selbst wenn er mit dem Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit gehandelt haben sollte. Das RG. würde freilich in diesem Falle Mittäterschaft annehmen, weil es zwischen Mittäterschaft und Beihilfe entgegen dem klaren Wortlaut des § 47 lediglich nach der Willensrichtung der Beteiligten unterscheidet. Jedenfalls hätte die Vorinstanz auf diese für eine richtige Entscheidung grundlegenden und sehr der Aufklärung bedürftigen Punkte besonders hingewiesen werden müssen.

Prof. Dr. Merkel, Greifswald.

dieses nichts weiter zum öffentlichen Glauben festgestellt, als daß die damals Erschienene sich als Frau H. bezeichnet und die in dem Protokoll sonst noch niedergelegten Erklärungen abgegeben habe. Dagegen wurde durch das Protokoll nicht beurkundet, daß die damals von der Erschienenen abgegebenen Erklärungen hinsichtlich irgendeines Punktes, insbesondere hinsichtlich ihrer Persönlichkeit der Wahrheit entsprachen (vgl. RGSt. 10, 243; 11, 126, 188, 314; 39, 346; 41, 190). Hiernach beruht die Verurteilung der Beschwerdeführerin aus §§ 271, 272 StGB. auf Rechtsirrtum. Bei der erneuten Verhandlung wird die Strafkammer auch prüfen müssen, ob sich die Angeklagten, abgesehen von der Ausstellung der Quittungen hinsichtlich des Vorganges v. 11. Aug. 1919 einer gemeinschaftlichen Privaturkundenfälschung insofern schuldig gemacht haben, als das an diesem Tage aufgenommene Protokoll von der Beschwerdeführerin mit „Frau H." unterzeichnet ist. Das würde, obwohl das Protokoll als solches eine öffentliche Urkunde darstellt, rechtlich nicht zu beanstanden sein, wenn die in ihm enthaltenen, angeblich von der Ehefrau H., in Wahrheit aber von der Beschwerdeführerin abgegebenen Erklärungen zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit waren und die sonstigen Voraussetzungen der Urkundenfälschung nach §§ 267, 268 StGB. vorlagen (vgl. RGSt 39, 346).

(U. v. 4. Okt. 1921, 4 D 717/21.) [A.]

4. [Gewinnsüchtige Urkundenfälschung durch Gebrauchmachen von falscher Urkunde im Prozeß. Unerheblichkeit der materiellen Rechtslage.]†) Die Feststellung, daß der Angekl. die Absicht gehabt habe, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, wird durch die Ausführung getragen, daß er auf diese Weise den — in erster Instanz bereits verlorenen — Prozeß in zweiter Instanz gewinnen wollte. Daß der erstrebte Vermögensvorteil rechtswidrig sei, bedurfte nicht der Feststellung, weil die Rechtswidrigkeit dieses Vorteils kein Tatbestandsmerkmal des § 268 StGB. ist. Indem der Angekl. die gerichtliche Entscheidung durch eine Täuschung zu beeinflussen suchte, handelte er mit einer rechtswidrigen Absicht (vgl. RGSt. 47, 199). Ob der Angekl. sich für bewuchert erachtete, ist in dieser Beziehung gleichgültig. Übrigens ergibt sich weder aus dem Hauptverhandlungsprotokolle noch aus dem angefochtenen Urteil, daß der Angekl. sich darauf berufen habe, er sei bewuchert worden. Unerheblich ist es auch, ob der Angekl. von seinen Prozeßgegner zur Vorlegung der Urkunde aufgefordert worden war; denn hierbei konnte es sich nur um die Vorlegung einer echten Urkunde als zulässigen Beweismittels handeln.

(U. v. 2. Jan. 1922, 6a D 1215/21.) [A.]

5. [Fragepflicht des Gerichts bei ungenügend substantiierten Beweisanträgen.]†) Für den Fall der Nichtfreisprechung des Angekl. hat sein Verteidiger den Antrag gestellt, das Protokoll über die erste polizeiliche Vernehmung des St. herbeizuziehen und den Kriminalbeamten, der dieses Protokoll aufgenommen hat, zu laden. Das Urteil geht auf den ersten Teil des Antrages überhaupt nicht ein und lehnt die Vernehmung des Polizeibeamten deshalb ab, weil nicht ersichtlich sei, was er bekunden solle, auch das Gericht die Tatsache, daß der Angeklagte aus eigenem Entschlusse die Wäsche abgeliefert habe, als wahr unterstelle. Diese Behandlung des Beweisantrages gereicht dem Angekl. zur Beschwerde, und zwar nicht nur wegen seiner teilweisen Nichtbescheidung,

---

Zu 4. Der Beurteiler dieser Entsch. muß zu zwei Fragen Stellung nehmen:

1. Handelt auch derjenige in rechtswidriger Absicht, der eine Urkunde fälscht und von ihr Gebrauch macht, um einen wirklichen oder vermeintlichen Rechtsanspruch durchzusetzen oder um sich gegen einen wirklich oder vermeintlich unberechtigten Anspruch zu verteidigen?

2. Muß der erstrebte Vermögensvorteil, der nach § 268 für die Urkundenfälschung straferhöhend wirkt, rechtswidrig sein?

Die Entsch. bejaht die erste und verneint die zweite Frage im Einklang mit der Rechtsprechung der übrigen Senate und mit der Vorinstanz. In dem ersten Punkt kann ich dem RG. zustimmen. Wer durch Täuschung mit einer falschen oder verfälschten Urkunde eine gerichtliche Entscheidung zu beeinflussen sucht, handelt stets in rechtswidriger Absicht. Darüber, was unter rechtswidriger Absicht zu verstehen ist, besteht freilich im Schrifttum keine Übereinstimmung. (Vgl. die Zusammenstellung bei Schwartz, Komm. Note 10c zu § 267 und Frank, Komm. Note Xc zu § 267. Über die Auffassung in der Rechtsprechung berichtet am vollständigsten der RGRKomm., Note 40 zu § 267.) Darüber jedoch ist man sich völlig einig, daß in einem solchen Falle wie dem vorliegenden der Täter in rechtswidriger Absicht handelt. Durch das Mittel der Täuschung mit einer falschen schriftlichen Beweisaussage darf auch ein Rechtsanspruch nicht durchgesetzt werden. Der Zweck heiligt hier ebensowenig die Mittel, wie bei der Erpressung.

Nun zur zweiten Frage. Daß der erstrebte Vermögensvorteil nicht rechtswidrig zu sein braucht, scheint schon daraus hervorzugehen, daß in § 268 das Beiwort „rechtswidrig" fehlt. Dies ist in der Tat die Ansicht der großen Mehrheit im Schrifttum und der Rechtsprechung. Die vollständigste Aufzählung der Schriftsteller findet sich im Komm. von Schwartz, Note 2 zu § 268. Gleicher Ansicht ist außer ihm auch noch der RGRKomm. Note 4 zu § 268, der auch die vollständigste Übersicht über die Rechtsprechung des RG. bietet. Die Gegenmeinung (angeführt von Schwartz a. a. O.) kann es nicht verstehen, daß jemand für eine Urkundenfälschung strenger bestraft werden sollte, wenn er dadurch nur anstrebt, was ihm gebührt. Außerdem kann sie sich mit Binding auf die Ungenauigkeit des Sprachgebrauches im StGB. berufen und darauf hinweisen, daß der Zweck besseren Fortkommens, der nach § 363 gerade strafmildernd wirkt, doch nicht zugleich strafschärfend wirken kann, wenn darin, wie es doch oft der Fall sein wird, die Erstrebung eines Vermögensvorteils enthalten ist. Diese Beweisführung ist für mich überzeugend. Man darf aber nicht zu weit gehen und mit Binding das Wort „rechtswidrig" einfach in den Gesetzestext hineindeuten. Ebensowenig wird man mit Weismann angesichts des unvollkommenen Wortlautes des § 268 auf eine dem gesunden Rechtsempfinden entsprechende, dem Gesetz zu gebende Auslegung Verzicht leisten müssen. Vielmehr wird man den Wortlaut so ergänzen, daß er mit allen Bestimmungen über Urkundenfälschung in ein richtiges Verhältnis gebracht und zugleich die Möglichkeit der Verurteilung wegen gewinnsüchtiger Urkundenfälschung auf ein erträgliches Maß beschränkt wird. An der Hand der von Frank (Komm., Note I 1 zu § 268) angeführten Fälle wird nach meiner Überzeugung den Gesetzesworten „in der Absicht sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen" am richtigsten folgende Deutung gegeben: Der angestrebte Vermögensvorteil braucht nicht dem Recht zuwiderzulaufen. Wird aber erwiesen, daß der Täter einen Vermögensvorteil angestrebt hatte, auf den er ein Recht hatte oder zu haben glaubte, dann kann er nicht wegen erschwerter Urkundenfälschung verurteilt werden, ebensowenig wenn ihn nachweislich der Beweggrund geleitet hatte, einen Vermögensschaden abzuwenden, dessen Abwehr das Recht gestattete oder von dem der Täter dies annahm. Hat er aber einen Vermögensvorteil oder die Abwendung eines Vermögensschadens angestrebt, dem diese rechtliche Billigung weder tatsächlich noch vom Täter beigelegt wird, so ist ein erschwerter Fall der Urkundenfälschung gegeben.

Prüft man an der Hand dieser dem § 268 gegebenen Auslegung den vom RG. entschiedenen Fall, so wird man zwar zu dem gleichen Ergebnis kommen wie das RG., aber aus ganz anderen Gründen. Richtig ist, daß die StK. nicht festzustellen brauchte, der erstrebte Vermögensvorteil sei rechtswidrig. Wie bereits ausgeführt worden ist, ist es freilich für die rechtswidrige Absicht bei der einfachen Urkundenfälschung gleichgültig, ob sich der Angekl. für bewuchert erachtete, durchaus aber nicht für die Annahme eines erschwerten Falles dieser Straftat. Denn dann wäre er überzeugt gewesen, daß er den Vermögensschaden von Rechts wegen abwehren durfte. Sein Verschulden verdiente dann durchaus keine so ungünstige Beurteilung, wie sie § 268 durch die Festsetzung einer wesentlich höheren, ja entehrenden Strafe verlangt. Hätte er diesen Einwand vor der StK. geltend gemacht und hätte diese dem Vorbringen Glauben schenken können, dann hätte sie den Angekl. nicht wegen erschwerter Urkundenfälschung verurteilen dürfen. Nun wird aber vom RG. ausdrücklich festgestellt, weder das Sitzungsprotokoll noch das Urteil ergebe, daß sich der Angekl. darauf berufen habe. Hat er dies erst in der Revisionsbegründung getan, so darf ein solches tatsächliches Vorbringen nach § 376 StPO. vom RG. nicht beachtet, geschweige denn bei der rechtlichen Beurteilung des Falles berücksichtigt werden. Nur aus diesem prozessualen Grunde halte ich es für richtig, daß die Revision verworfen worden und daß es bei der Verurteilung des Angekl. wegen erschwerter Urkundenfälschung geblieben ist.

Prof. Dr. Merkel, Greifswald.

Zu 5. Tatsächlich war der von der Verteidigung gestellte Beweisantrag zweifellos ungenügend substanziiert. Es fehlte die Angabe der vom Zeugen zu bekundenden Tatsachen. Gleichwohl durfte er nicht ohne weiteres abgelehnt, es mußte vorerst der Antragsteller auf diesen ihm drohenden Rechtsnachteil hingewiesen werden. Das gebot die richterliche Aufklärungspflicht, welche das RG. von jeher (vgl. RGSt. 13, 95) als auch für das Gebiet des Strafprozesses geltend erklärt hat, obwohl sie hier nicht die ausdrückliche Hervorhebung gefunden hat, wie in § 139 ZPO. Solcher Hervorhebung bedurfte es nicht in einem Gesetz, das dem Richter die Ergründung der historischen Wahrheit zur Pflicht macht.

Prof. Dr. Graf zu Dohna, Heidelberg.

sondern auch hinsichtlich der Ablehnung der Ladung des Zeugen. Dieser sollte, wie das Landgericht angenommen zu haben scheint, nicht bloß bekunden, daß der Angekl. aus eigenem Antriebe die Wäsche zur Polizei gebracht habe, sondern noch über weitere Tatsachen aussagen, die dem Antrage in der Form, in der er gestellt war, freilich nicht entnommen werden konnten. Daß diese Tatsachen für die Entscheidung des Gerichts keine Bedeutung haben würden, konnte es nach der Sachlage nicht ohne weiteres unterstellen. Vielmehr ist es sehr wohl denkbar, daß das Verhalten des Angekl. bei seinem freiwilligen Erscheinen auf der Polizei Anhaltspunkte dafür bietet, ob er sich die von ihm gefundene Wäsche bewußt rechtswidrig zugeeignet hat und daß der in Frage kommende Beamte hierüber für die Beweiswürdigung ins Gewicht fallende Beobachtungen gemacht hat. Unter diesen Umständen wäre es Pflicht des Gerichts, insbesondere des Vorsitzenden, gewesen, dem Verteidiger Gelegenheit zur Erläuterung seines Antrages und zur Angabe bestimmter, von dem Zeugen zu bekundender Tatsachen zu gewähren (vgl. RGRspr. 8, 581). Dies ist nicht geschehen, der Angekl. somit in seiner Verteidigung unzulässig beschränkt worden.

(U. v. 27. Sept. 1921, 2 D 415/21.) [A.]

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Strafsachen.

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. Friedrich Goldschmit II, München

1. Zur VO. über Fernhaltung unzuverlässiger Personen vom Handel v. 23. Sept. 1915 in der Fassung der WuchGerVO. v. 27. Nov. 1919. †)

Der verbotene Handel erfordert keine Erwerbsmäßigkeit und umfaßt jede eigennützige, auf Güterumsatz gerichtete Tätigkeit; er wird also auch durch vereinzelte gelegentliche Verkäufe an Wiederverkäufer verwirklicht. — „Zu Handelszwecken ist ein Geschäft jedenfalls dann abgeschlossen, wenn die durch das Geschäft angeschaffte Ware im Wege des Güterumsatzes weiter veräußert, im Betriebe eines ständigen Unternehmers abgesetzt werden soll. Ohne Bedeutung ist es hierbei, ob dieser ständige Handelsbetrieb unterhalten wird von demjenigen, der das Anschaffungsgeschäft abschließt oder einem Dritten, in dessen Diensten er steht.

(Urt. v. 19. Dez. 1921, RevReg. II Nr. 402/21.)

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin.

1. Zur Bedeutung der Vertragsbedingung „Glasschäden hat Mieter zu tragen".

Aus den Gründen: Die Kl. als Hauswirtin klagt gegen ihre Mieter auf Grund des § 7 des Vertrages auf Ersatz einer zerbrochenen Ladenscheibe. § 7 besagt: „Glasschäden irgendwelcher Art oder Veranlassung hat Mieter zu tragen." Die dadurch für die Bekl. begründete Ersatzpflicht wird nicht durch die zwei Tatsachen beseitigt, daß in dem Satze des § 4: „Als Beitrag zur Glasversicherung hat Mieter jährlich im voraus ... ℳ zu zahlen" die Summe nicht ausgefüllt ist, und daß bis 1919 die Kl. die Glasversicherung bezahlt hatte. Weder im Mietvertrage noch sonstwo ist der Kl. eine dahin gehende Pflicht auferlegt worden, sie hatte also die Glasversicherung rein freiwillig (precario) auf sich genommen und konnte deshalb von dieser Leistung jederzeit abgehen, sie hatte dann nur die Pflicht, die Bekl. darüber zu unterrichten. Das hat sie mit den Briefen vom Januar und Juni 1920 getan. Bei dieser Rechtsauffassung ist es auch belanglos, daß die Kl. vor dem MEA. die Regelung der Glasversicherungsfrage unterlassen hat. Sie hat schon nach dem Wortlaut des Briefes vom Januar 1920 deutlich genug zum Ausdruck gebracht, daß sie die Versicherungslast nicht mehr trage. Das Nebeneinander der Versicherungsleistungen der Kl. bis 1919 und der Mieterlast des § 7 findet seine Erklärung darin, daß die Kl. sich sagen mußte, alle Fälle des Glasschadens werden durch eine Versicherung nie gedeckt, mindestens für die ungedeckten Fälle also brauche sie die Ersatzpflicht des Mieters. Als die Versicherung zu teuer wurde, beschränkte sie ihre Sicherheit allein auf letztere Pflicht. Wollten die Bekl. die Pflicht des § 7 nicht mehr tragen, so hätten sie diesen Punkt vor dem MEA. zur Sprache bringen müssen. Statt dessen haben sie sich damit einverstanden erklärt, daß dessen Spruch nur den Mietzins neu regelte und im übrigen die Wendung enthält, die Mietbedingungen bleiben die gleichen. § 7 gilt also weiter.

KG., Urt. v. 27. März 1922, 17 U 14220/21.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Günther, Charlottenburg.

*

2. Der Mieter, dem der Vermieter eine beschädigte Schaufensterscheibe gemäß § 538 BGB. zu ersetzen hat, muß sich mit einer einwandfreien Notverglasung begnügen.

Die Reparaturpflicht des Mieters bezüglich der Schaufensterscheiben ist nicht dadurch erweitert worden, daß er vertraglich die Erstattung der Versicherungsprämien für diese Scheiben an den Vermieter übernommen hat; seine Haftung bezüglich der Scheiben blieb vielmehr auf diese Zahlungspflicht beschränkt.

Die Frage, wer von den Parteien den durch die Zerstörung der Scheibe an der Mietsache entstandenen Schaden zu vertreten habe, ist

---

Zu 1. Die Entsch. bringt in ihren beiden ersten Sätzen nichts wesentlich Neues und ist insoweit auch unbedenklich. Dagegen der im Schlußsatz geäußerten Meinung des OLG. kann jedoch nicht zugestimmt werden.

Daß der „verbotene Handel" keine Gewerbsmäßigkeit erfordert, ergibt sich schon aus dem Sinn der VO. v. 23. Sept. 1915. Es genügt mit Recht, daß der Täter nur gelegentlich Handel treibt, ja sogar der einmalige Abschluß eines Handelsgeschäfts erfüllt den Tatbestand der VO., sofern nur die Tätigkeit aus Eigennutz geschah. Denn es ist eine erfahrungsgemäß bekannte Tatsache, daß gerade diejenigen Elemente, die sich mit dem gelegentlichen Ein- und Verkauf von Waren und der gelegentlichen Vermittlung von Handelsgeschäften beschäftigen oder abgeben, die gefährlicheren sind, und daß gerade solche unlauteren Elemente (der sog. „illegitime" Handel) von der Verordnung mitgetroffen werden müssen. Dies wäre aber dann nicht der Fall, wenn die Verordnung Gewerbsmäßigkeit erfordern würde, vgl. RGSt. 51, 379; RG. 52, 58ff., insbesondere S. 61 und Alsberg, Preistreibereistrafrecht, 6. Aufl., S. 150. Wenn sich auch die zitierten Ausführungen des RG. in 51, 379 nur auf die Auslegung der Kettenhandelsverordnung beziehen, so müssen sie doch auch sinngemäß für die Auslegung der Verordnung zur Fernhaltung unzuverlässiger Personen herangezogen werden; denn schließlich dienen doch beide Verordnungen dem gleichen Zweck.

Sehr bedenklich erscheint dagegen der Schlußsatz des oben mitgeteilten Auszuges aus den Urteilsgründen. Es handelt sich hierbei um die umstrittene Frage, ob auch der Angestellte eines Großhandelsbetriebes eine Handelserlaubnis nötig habe und sich als Täter (nicht als Gehilfe) des Vergehens gegen die Verordnung schuldig machen kann. Das bayerische OLG. scheint wenigstens dem mitgeteilten Urteilsauszug nach diese Frage in vollem Umfange bejahen zu wollen. Es geht aber mit dieser Auslegung zu weit. Wenn Alsberg a. a. O. S. 148 auf einem entgegengesetzten Standpunkt steht, und nach ihm nur selbständige Gewerbetreibende, z. B. Eigenhändler, Kommissionäre, Makler und Agenten unter die Verordnung fallen, daher nach Alsberg ein Angestellter gegen die Verordnung nicht verstoßen kann, weil er gar keine Handelserlaubnis haben müsse, so geht Alsberg mit seiner Ansicht doch etwas zu weit. (Übrigens scheint auch Wassermann in JW. 1916, 1259 der gleichen Ansicht zuzuneigen). Mit Recht hat sich das RG. dem Standpunkt Alsbergs nicht angeschlossen. Es läßt mit Recht nicht entscheidend sein, welche Stellung der Täter in rechtlicher Beziehung einnimmt, ob er z. B. Angestellter oder selbständig Gewerbetreibender ist. Das RG. stellt die Frage vielmehr auf den tatsächlichen Einfluß des Täters bei Abschluß des fraglichen Geschäfts ab. Ist der Täter nach außen hin selbständig handelnd aufgetreten, hatte er insbesondere die Möglichkeit, über Ein- und Verkauf frei zu verfügen, wie z. B. der selbständige Leiter eines Zweiggeschäfts, so bedarf dieser der Handelserlaubnis und macht sich strafbar, wenn er ohne diese beim Güterumsatz mitwirkt. Das RG. begründet diese völlig zutreffende und den praktischen Bedürfnissen entsprechende Ansicht damit, daß ein Angestellter, der eine so selbständige Stellung einnehme und so weitgehende Befugnisse habe, gerade das tue, was nur derjenige nach Auffassung des Gesetzgebers zu tun befugt sein soll, der die persönliche Gewähr für einen ordnungsmäßigen Handel biete, vgl. RGSt. 52, 169; a. M. Alsberg a. a. O. S. 148. Im übrigen hat sich das bayerische OLG. bereits im gleichen Sinne ausgesprochen, vgl. JW. 1917, 773. Das OLG. sieht mit Recht den Zweck der Verordnung darin, unzweckmäßige Personen von jeder Handelsbetätigung auszuschließen, bei der ihnen Gelegenheit geboten werde, unter Mißachtung gesetzlicher Schranken in gewinnsüchtiger Ausnutzung der Kriegslage das Wohl der Allgemeinheit zu gefährden. Dieser weitgehende Standpunkt ist zutreffend und hätte auch in der oben auszugsweise wiedergegebenen Entscheidung besser hervorgehoben werden müssen. Es muß eben von Fall zu Fall entschieden werden, je nach dem tatsächlichen Einfluß des das Geschäft Abschließenden, wobei die rechtliche Stellung, ob er Angestellter oder selbständiger Gewerbetreibender ist, nicht den Ausschlag geben darf.

RA. Dr. Johannes Fuchs, Cassel.

daher nicht nach besonderen vertraglichen, sondern nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden. ... Da die Scheibe von Einbrechern zertrümmert worden ist, hat der Vermieter den Mangel gemäß § 538 BGB. zu vertreten.

Da der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug war, hat der Mieter eine Notverglasung herstellen lassen. Da diese den Anblick der im Schaufenster ausgestellten Sachen nicht erheblich beeinträchtigt, sonst auch keine wesentlichen Mängel der Notverglasung dargetan sind, muß der Mieter nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bei den hohen Glaspreisen und den geringen Erträgen von Miethäusern sich mit dieser Notverglasung begnügen. Ein weiterer Anspruch, an Stelle der Notverglasung eine Schaufensterscheibe, wie er sie vorher besessen hatte, vom Beklagten zu erhalten, steht ihm nicht zu. Insoweit ist der Rechtsstreit durch die vom Kläger vorgenommene Beseitigung des Mangels erledigt. Dem Kläger steht aber als Geschäftsführer ohne Auftrag (§§ 679, 683 BGB.) Ersatz seiner Aufwendungen zu.

(KG., Urt. v. 9. Febr. 1922, 17 U 12154/20.)

Mitgeteilt von AGR. **Dahmann** Kalkberge.

*

3. Bedeutung der Unterzeichnung eines Vertragsvordrucks nach Festsetzung der Mietbedingungen durch das MEA.

Die Bekl. haben einen Laden im Hause des Kl. 1915 auf drei Jahre durch schriftlichen Vertrag gemietet. Über die Fortdauer des Mietverhältnisses ist 1918 ein neuer Vertrag geschlossen worden. Beide Verträge enthalten keine Bestimmung, wonach die Bekl. die Gefahr für die Schaufensterscheiben übernehmen. Da der Kl. Erhöhung der Miete verlangte, hat das MEA. im Mai 1919 das Mietverhältnis unter den bisherigen Bedingungen unter Erhöhung der Miete um jährlich 100 ℳ verlängert. Am gleichen Tage hat der Kl. den Bekl. einen neuen Vertragsvordruck zur Unterschrift vorgelegt, in dem die neue Miete vermerkt war. Unter den vorgedruckten Bedingungen findet sich ein Satz, wonach die Mieter den Schaden an den Scheiben zu tragen haben. Nachdem durch Zufall eine Scheibe zerbrochen war, fordert der Kl. von den Bekl. den für die Erneuerung erforderlichen Betrag. Die Bekl. bestreiten, daß eine Abänderung der alten Bedingungen vereinbart sei.

Aus den Gründen: Unstreitig haben die Bekl. eine Haftung für Schäden an den Scheiben durch den ursprünglichen Vertrag und den Vertrag von 1918 nicht übernommen. Der Anspruch würde also nur begründet sein, wenn späterhin eine dahingehende Abänderung des Mietvertrages vereinbart worden wäre. Daß eine solche Vereinbarung zustande gekommen ist, widerlegt der eigene Vortrag des Kl. Das MEA. hatte durch seinen Beschluß zwar den Mietzins erhöht, im übrigen aber besonders ausgesprochen, daß die sonstigen Vertragsbedingungen bestehen bleiben sollten. Wenn der Kl. den Bekl. am gleichen Tage einen neuen Vertragsvordruck vorlegte, der den neuen Mietzins enthielt, so konnten die Bekl. daraus zwar ersehen, daß der Kl. wünschte, eine Urkunde über die jetzige Gestaltung des Mietverhältnisses zu besitzen. Sie konnten und mußten aber annehmen, daß er einen dem Beschlusse des MEA. entsprechenden Vertrag herstellen wollte. Das MEA. hatte jedoch nur den Mietzins erhöht, es im übrigen beim alten belassen. Bei diesem Sachverhalt hatten die Bekl. keinen Anlaß, den Inhalt des Vordruckes daraufhin zu prüfen, ob er etwa noch sonstige Veränderungen enthielt. Es kann dahingestellt bleiben, ob sie den Vertrag geprüft haben. Selbst wenn sie ihn mit der erforderlichen Aufmerksamkeit gelesen haben sollten, konnten sie doch nicht auf den Gedanken kommen, daß der Kl., ohne etwas darüber zu sagen, die früheren Vertragsbedingungen und den Beschluß des MEA. in einem so entscheidenden Punkte ändern wollte, wie es die Klausel wegen der Scheiben war. Bei der Sachlage bedeutete die Übergabe des Vordruckes mit den veränderten Bedingungen, die nicht etwa handschriftlich, sondern durch den Druck eingefügt waren, überhaupt nicht die Aufforderung des Kl. an die Bekl., nunmehr einen derart geänderten Vertrag zu schließen. Wollte der Kl. eine solche Aufforderung an sie richten, so war es nur möglich, indem er auf den geänderten Inhalt der Urkunde ausdrücklich hinwies. Solange er schwieg, bedeutete seine Handlung nur die rechtsgeschäftliche Erklärung, einen dem Beschluß des MEA. entsprechenden Vertrag auch schriftlich schließen zu wollen. Nur dieses Vertragsangebot können die Bekl. deshalb durch ihre Unterschrift angenommen haben. Daß der Kl. einen besonderen Hinweis vorgenommen habe, behauptet er gegenüber dem Bestreiten der Bekl. nicht. Deshalb ist sein Anspruch unbegründet.

(KG., 17. ZS., Urt. v. 24. April 1922, 17 U 10599/21.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. **Günther**, Charlottenburg.

*

4. Dampflieferung als Nebenleistung des Vermieters. Zuständigkeit des Amtsgerichts. †)

Dem Antragsgegner ist darin beizutreten, daß nach Lage des einzelnen Falles zu beurteilen ist, ob die Lieferung von Heizung, elektrischem Licht und Dampf, die ein Vermieter gegenüber einem Mieter übernommen hat, eine einheitliche Verpflichtung aus dem Mietvertrage oder eine selbständige Verpflichtung darstellt.

Vorliegend ist durch Aufnahme der Kostenberechnung für die Dampflieferung in dem § 16 des Mietvertrages Nr. 522 v. 19. April 1921, auf welchen in § 3 des Mietvertrages verwiesen wird und den Obersatz des § 16:

„der Mietpreis wird vorläufig, wie folgt, berechnet."

als glaubhaft gemacht anzusehen, daß die Lieferung gewerblichen Dampfes in dem „Mietvertrag für Fabrikräume Nr. 522", wie schon die Überschrift des Vertrages ergibt, eine Nebenleistung des Vermieters aus dem Mietvertrag, also eine Mietvertragsleistung darstellt.

Demgemäß hat auch der Antragsgegner im ersten Rechtszuge mit Recht den Einwand der sachlichen Unzuständigkeit des LG. erhoben, indem das BerGer. in Übereinstimmung mit der Entsch. des 23. ZS. des KG. W 582/21 annimmt, daß es sich um einen Streit zwischen Vermieter und Mieter über die Benutzung der Mieträume handelt, für den gemäß § 23 Nr. 2 GVG. das AG. zuständig ist. Ist doch die Lieferung von Dampf der zum Betriebe einer Möbeltischlerei vermieteten Fabrikräume eine Voraussetzung für den vertragsmäßigen Gebrauch der Mieträume.

Nachdem nun aber einmal das LG. seine sachliche Zuständigkeit bejaht hat, ist die sachliche Anfechtung des landgerichtlichen Urteils aus dem Grunde, weil die Zuständigkeit des AG. begründet gewesen sei, gemäß § 10 ZPO. nicht zulässig. Es unterlag daher das erste Urteil nur der Nachprüfung hinsichtlich seiner materiellen Grundlage.

In dieser Hinsicht ist der Entscheidung des Vorderrichters in allen Punkten beizutreten, indem in den maßgebenden tatsächlichen Gesichtspunkten durch die neuerlichen Glaubhaftmachungen eine Änderung nicht eingetreten ist.

Es liegt vor, wie schon oben ausgeführt, ein einheitlicher Mietvertrag, in welchem als Nebenleistung Lieferung gewerblichen Dampfes bedungen ist. Daß Vermieter auch für Lieferung des Dampfes vertraglich verpflichtet ist, ist durch Aufnahme der Preisberechnung hierfür in § 16 des Mietvertrages glaubhaft gemacht. Ob der Vertrag rechtsgültig gekündigt ist, kann dahingestellt bleiben, da durch Abschrift des Protokolles über die Verhandlung vor dem MEA. v. 21. Sept. 1921 Verlängerung des Mietvertrags Nr. 522 zwischen den Parteien glaubhaft gemacht ist und die Verlängerung den ganzen Mietvertrag, also auch die Nebenleistung der Dampflieferung umfaßt. Damit hat das MEA. auch nicht seine Zuständigkeit überschritten, was aus der Einheitlichkeit des Vertrages v. 19. April 1921 über Gewährung der Mieträume nebst Lieferung von Heizung und Dampf folgt.

Die Dringlichkeit der Anordnung ist aus der Eigenschaft des Dampfes als notwendige Betriebskraft zu entnehmen, gleichgültig, ob etwa die Antragstellerin mit größeren oder geringeren Kosten durch elektrische Kraft die Dampfwirkung mittelbar oder unmittelbar ersetzen könnte, was schon im Hinblick auf die bei Lieferung von Dampfkraft durch den Antragsgegner bestehende größere Unabhängigkeit von der größeren Schwankungen unterliegenden Lieferung von elektrischer Kraft zweifelhaft sein kann. Überdies würde es aber auch unbillig sein, die Antragstellerin gegenüber ihrem Rechte auf Lieferung von Dampfkraft auf Beschaffung von Ersatzkraft lediglich deshalb zu verweisen, weil Antragsgegner seinen Vertragspflichten nicht nachkommen will.

Ob die Antragstellerin die erforderlichen Vorschüsse in voller Höhe gezahlt hat, kann dahingestellt bleiben, weil Antragsgegner durch Sicherheitsleistung genügend gedeckt ist.

(KG., 20. ZS., Urt. v. 17. Jan. 1922, 20 U 15676/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. **Michaeli**, Berlin.

*

Zu 4. Das LG. nimmt an, daß es sich im vorliegenden Fall um eine Miete von Räumen mit einer Nebenverpflichtung des Vermieters handelt (vgl. **Mittelstein**, Miete[3] S. 58). Daraus folgert des Gericht, daß die Zuständigkeit des AG. begründet war. Weiter folgert das Gericht, daß das MEA. in diesen Mietvertrag nach der Regel der MSchVO. eingreifen konnte. Das ist nicht zu beanstanden. Für den besonderen Fall, daß der Vermieter außer den Räumen auch noch Sammelheizung oder Warmwasserversorgung als Nebenleistung liefert, ist die besondere VO. v. 22. Juni 1919 (RGBl. 595) gegeben. Wird aber Dampf geliefert vom Vermieter, und zwar nicht zur Heizung (vgl. die Bek. v. 18. März 1920, RGBl. 330, § 10), sondern für Betriebszwecke, so fehlt es an einer Sondervorschrift und es verbleibt daher bei der Regel der MSchVO., so daß das MEA. auch in den Teil des Mietvertrages eingreifen kann, der sich mit der Dampflieferung befaßt.

OLGPräs. Prof. Dr. **Mittelstein**, Hamburg.

5. Grenzen der Zuständigkeit des MEA.

Aus den Gründen: Die Kl. verlangt als Eigentümerin des Grundstücks von der Bekl. Räumung der für ein Kino benutzten Räume, weil die Bekl. zum Besitze nicht berechtigt sei. Die Bekl. hatte das Kino von einem Vorbesitzer, dem die Kl. die Räume durch Vertrag überlassen hatte, gekauft. Ob die Kl. ihren Eintritt in den Vertrag genehmigt hat, ist streitig. Später hat die Bekl. das Kino weiterveräußert an M., dessen Eintritt in den Vertrag die Kl. genehmigt hat. M. hat aber das Kino im weiteren Verlaufe an die Bekl. zurückgegeben. Die Genehmigung zum Wiedereintritt der Bekl. in den Vertrag über die Räume hat die Kl. verweigert.

Die Bekl. hat sich auch auf den Beschluß des MEA. vom Okt. 1921 berufen, der dahin geht, daß der ursprüngliche Mietvertrag zwischen den Parteien in vollem Umfange wieder auflebe. Dieser Beschluß ist aber rechtsunwirksam. Im voraus sei bemerkt: Die Parteien sprechen übereinstimmend von einem Mietvertrage. Doch hat das Gericht selbständig darüber zu urteilen, welches Vertragsverhältnis vorliegt. Nun bestimmt § 1 des Vertrages, daß die Kl. die Räume einschließlich Maschinen und Einrichtung, in welchen bisher Kinotheatervorstellungen veranstaltet wurden, vermiete, und § 3 gibt der Kl. das Recht, bei unpünktlicher Mietzahlung vom Vertrage zurückzutreten und die Vorführungsapparate sowie die maschinelle Einrichtung entfernen zu lassen. In § 4 erklärt die Kl., daß ihr die Genehmigung zu Kinovorführungen erteilt sei, und verpflichtet sich, diese Genehmigung aufrechtzuerhalten. Hiernach stellt sie durch den Vertrag ein vollständiges und betriebsfähiges Kino zur Verfügung. Solcher Vertrag ist aber nach ständiger Rechtsprechung nicht ein Mietvertrag, sondern ein Pachtvertrag. Auf Pachtverträge findet die Wohnungsmangel- und Mieterschutzgesetzgebung keine Anwendung. Schon aus diesem Grunde hat das MEA. seine Zuständigkeit überschritten.

Aber auch wenn ein Mietvertrag vorgelegen hätte, ist das Ergebnis das gleiche. Die Zuständigkeit des MEA. kann allein dem „Groß-Berliner Wohnungsnotrecht“ v. 12. Mai 1921 entnommen werden, dessen § 21 alle früheren Anordnungen aufhebt. §§ 6, 12 der Bek. kommen hier nicht in Betracht, da sie lediglich zur Unterbringung wohnungsuchender Personen dienen und eine Inanspruchnahme der Räume durch die Gemeindebehörde (Wohnungsamt) voraussetzen, die auch allein das Recht zur Anrufung des MEA. hätte. Als Zwangsmietvertrag nach §§ 4, 5 WohnMangVO. läßt sich also die Entsch. des MEA. nicht halten. Ebensowenig ist § 1 der Bek. verwertbar, denn die Bekl. will und soll nicht etwa als Untermieterin des M. die Räume besitzen. Es bleibt also allein § 2 Abs. 1 der Bek. übrig, welcher, soweit er hier in Frage kommt, lautet: „Mieträume können vom Vermieter rechtswirksam nur mit vorheriger Zustimmung des MEA. gekündigt werden.“ Diese Bestimmung ist dem § 6 MSchVO. entnommen, nur daß der Magistrat die Worte „Wohnräume, Läden und Werkstätten“, worunter das streitige, im ersten Stock gelegene Kino nicht fallen würde, gemäß dem Ermächtigungserlaß des Volkswohlfahrtsministers v. 7. März 1921 durch das Wort „Mieträume“ ersetzt hat. Ob diese Ermächtigung in § 5 MSchVO. ihre Stütze finden kann, ist fraglich, da § 5 nur „andere als die in §§ 2—5 bezeichneten Anordnungen“ zuläßt, während hier keine neue Anordnung getroffen, sondern § 6 auf andere Raumarten ausgedehnt wird. Aber auch wenn § 2 der Bek. des Magistrats gültig ist, so paßt er doch hier nicht. Er ist, abgesehen von der erwähnten Änderung, so auszulegen wie § 6 MSchVO. Diese bestimmt in § 2, daß der Mieter das MEA. anrufen kann, wenn der Vermieter ihm kündigt. Für Notstandsbezirke ändert § 6 dies dahin, daß der Vermieter sich vor der Kündigung die Einwilligung des MEA. zu beschaffen hat. Hieraus folgt zweifelsfrei, daß zwischen den Streitteilen ein laufendes Mietverhältnis bestehen muß, welches der Vermieter durch eine Kündigung auflösen will. Nur über die Wirksamkeit dieser Kündigung steht dem MEA. eine Entscheidung zu. Solcher Fall war ihm hier nicht unterbreitet worden. Hier hatte M. die Miete nicht bezahlt. Die Kl. konnte also vom Vertrage zurücktreten und hat es durch Erhebung der Räumungsklage gegen M. getan. Die Bekl. als Vorbesitzerin der Räume will diese Maßnahme nicht gegen sich gelten lassen, und das von ihr angerufene MEA. hat ihr helfen wollen, indem es entschied, daß ihr alter Vertrag wieder auflebe. Ob aber die Bekl. noch als Mieterin gelten kann, ist allein vom Gericht zu entscheiden. Irgendwelche rechtsgestaltenden Befugnisse hat das MEA. auf diesem Gebiete nicht. § 2 der Bek. v. 12. Mai 1921 deckt also die Entscheidung nicht; sie ist unwirksam.

(KG., 17. ZS., Urt. v. 10. April 1922, 17 U 965/22.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. *Günther*, Charlottenburg.

*

6. Das MEA. ist nicht befugt, bei laufenden Mietverträgen den Mietpreis zu erhöhen.

Was die Kl. nach dem Mietvertrag an Miete zu zahlen hat, steht fest. Die Parteien haben übereinstimmend erklärt, daß die von ihnen selbst vorgenommene Trennung von Miete und Heizungskosten der Entscheidung zugrunde gelegt werden soll. Danach beträgt die reine Miete jährlich 13 271,16 ℳ. Entscheidungen der Schiedsstelle oder des MEA., die als Parteivereinbarung zu gelten hätten und deshalb vom Gericht zu beachten wären, liegen nicht vor. Der Mietvertrag ist also allein maßgebend, er rechtfertigt den Antrag der Kl. Allerdings hat die Bekl. noch ausgeführt, daß die seit 1913 völlig veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse zwingend eine Heraufsetzung der Miete verlangten. Indessen kann der Bekl. mit diesem Verlangen nicht gehört werden. Für wirtschaftliche Notlagen des einen Vertragsteils läßt die Rechtsprechung jetzt allerdings richterliche Änderungen der Verträge zu. Für *Mietverträge* ist dies aber nicht mehr anzuerkennen, seitdem seit 1918 Reichs- und Landesgesetzgebung zum Ausgleich der Interessen eingegriffen hat. Nur im Bereiche dieser Gesetzgebung kann noch ein wirtschaftliches Interesse Anspruch auf Berücksichtigung erlangen. *Den Gerichten* ist damit die Befugnis zu Eingriffen entzogen.

Nach alledem ist nach der augenblicklichen Sach- und Rechtslage die Entscheidung erster Instanz gerechtfertigt, daß die Kl. *nicht* 21 920 ℳ, *sondern* nur 13 271,16 ℳ jährliche Miete für die Vertragsdauer zu zahlen habe. Der Bekl. hat aber in zweiter Linie Aussetzung des Verfahrens beantragt. Das Gericht würde diesem Antrage stattgeben, wenn es mit einer dem Bekl. günstigen Entscheidung des MEA. rechnen müßte. Das ist aber nicht der Fall. Den Gerichten steht die Nachprüfung zu, ob die Einigungsämter im gesetzlichen Bereiche ihrer Entscheidungsgewalt sich gehalten haben (RG. 101, 115, RG. v. 9. Dez. 1921, III 460/21, zum Abdruck bestimmt.) Um so mehr muß dies gelten, wenn noch gar keine Entscheidung des MEA. vorliegt, sondern eine solche erst angerufen ist. Die Prüfung ergibt, daß eine Entscheidung zugunsten des Bekl. nicht möglich ist. Was zunächst die SHVO. v. 22. Juni 1919 betrifft, so kommt deren § 9, der die Aussetzung zwingend vorschreibt, hier nicht in Betracht. Die letzte Vereinbarung über den Miet- und Heizungszins zwischen den Parteien des Mietvertrags liegt allerdings *vor* dem Inkrafttreten der SHVO., denn diese Vereinbarung ist am 26. Sept. 1913 bei Vollziehung des Mietvertrags geschlossen, und seitdem lag auch keine Kündigungsmöglichkeit vor. Daraus folgen aber nur zwei Befugnisse der durch die SHVO. geschaffenen Schiedsstelle, einmal Miete und Heizungsentgelt zu trennen (§ 4) und weiter das Heizungsentgelt zu erhöhen. Beide Punkte stehen vorliegend nicht in Frage, weil sie durch gütliche Vereinbarung der Parteien geregelt sind und dabei die reine Miete auf 13 271,16 ℳ festgelegt ist.

Die HMAnO. v. 9. Dez. 1919 kann ebenfalls den Bekl. keinen Vorteil bringen. Sie findet ihre Grundlage in § 5a der MSchVO. v. 23. Sept. 1918/11. Mai 1920, also einem Gesetz, das die Interessen der Mieter, nicht der Vermieter, schützen will. Dementsprechend ermächtigt § 5a die Landesbehörden nur zu Eingriffen, „soweit solche Eingriffe zum Schutze der Mieter erforderlich sind“. Es kann nicht bezweifelt werden, daß der Volkswohlfahrtsminister bei Erlaß der HMAnO. v. 9. Dez. 1919 sich innerhalb dieses Rahmens hat halten wollen, zumal eine Überschreitung dieses Rahmens die Gültigkeit seiner Anordnung gefährden würde. Wenn aber die HMAnO. eine Handhabe bieten sollte oder würde, zum Nachteil der Mieter in bestehende Mietverträge einzugreifen und den vereinbarten Mietzins zu erhöhen, so würde dies zweifellos die Rahmenbestimmung des § 5a der MSchVO. überschreiten. Dementsprechend sind die durch die HMAnO. und die darauf beruhenden Gemeindebeschlüsse festgestellten Höchstmieten in wahrem Sinne nur „Höchstmieten“, d. h. Beträge, über die nicht hinausgegangen werden darf, ohne daß der Vermieter auf diese Beträge Anspruch hätte. Und ebenso folgt aus dem Zwecke der HMAnO., daß ihr § 6 Nr. 1 Satz 1 ebenso wie § 4 Nr. 7 Satz 3 Ausgangspunkte jeder Auslegung sein müssen, wenn sie bestimmen, daß laufende Mietverträge unberührt bleiben, soweit sie die Höchstgrenze nicht übersteigen. Diese Regel ist deshalb der Auslegung *jeder* Bestimmung der HMAnO. *ausnahmslos* zugrunde zu legen. Sie ist auch für Mietverträge ohne Sammelheizung oder Warmwasserversorgung allgemein anerkannt. Es fehlt zunächst schon jeder ersichtliche Grund dafür, für Häuser mit letzteren Einrichtungen Ausnahme zu machen. Für den Mehraufwand, den diese Einrichtungen erfordern, wird der Vermieter auf Grund des § 3 SHVO. oder des § 7 HMAnO. besonders entschädigt. Was dann die übrigbleibende reine Wohnungsmiete betrifft,, so kann der Vermieter hier unmöglich besser gestellt werden, als jeder andere Vermieter, der solche Einrichtungen nicht unterhält. Wenn demnach § 7 Nr. 1 am Ende der HMAnO. bestimmt, daß die reine Miete sich nach der Vorschrift des § 2 HMAnO. regele, so ist damit nur gesagt, daß auf diese reine Miete die auch sonst geltenden Vorschriften über Berücksichtigung der Höchstmietegrenze gelten sollen. Es ist also auch in diesen Fällen dem Mieter gestattet, das Einigungsamt anzurufen, um eine *Herabsetzung* der reinen Miete auf die Höchstmiete (Grundmiete + Gemeindezuschlag) gemäß § 6 Nr. 1 HMAnO. zu erreichen, falls der Mieter glaubt, daß die vereinbarte reine Miete diesen Höchstbetrag überschreitet. Wie bei dieser Nachprüfung das Einigungsamt zu verfahren hat, bestimmt § 7 Nr. 4 in klarer Weise. *In diesem Verfahren* (nicht durch besonderen Antrag ohne solches Verfahren; vgl. *Nußbaum*, HMAnO. S. 25) kann dann der Vermieter den Beweis erbringen, daß die Miete vom Juli 1914 außergewöhnlich niedrig gewesen sei und dadurch erreichen, daß das Einigungsamt die ortsübliche Miete vom Juli 1914 festsetzt (§ 3 Nr. 1 HMAnO.) und diesen Betrag nebst dem Gemeindezuschlag als die gesetzliche Höchstmiete behandelt, also auch in dem *Herabsetzungsverfahren* aus § 6 Nr. 1 berücksichtigt und damit eine

den Vermieter schädigende zu große Mietzinsermäßigung des laufenden Vertrages vermeidet. Nur dies ist aus § 3 Nr. 3 HMAnO. mit seiner Bezugnahme auf § 6 Nr. 1 zu entnehmen, nicht aber ein Anspruch des Vermieters auf Erhöhung des Mietzinses über die vereinbarte Höhe hinaus. Aus der von der Berufung angezogenen Verfügung des Volkswohlfahrtsministers v. 9. Juli 1921 ist übrigens nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Sie betrifft lediglich die Frage, ob bei Ermittelung der Höchstmiete auch ein späterer, den Teuerungszuschlag erhöhender Gemeindebeschluß berücksichtigt werden dürfe und verneint diese Frage. Dies hat mit der hier streitigen und zu verneinenden Frage, ob der Mieter zur Zahlung von mehr als der vereinbarten Miete verpflichtet werden könne, nichts zu tun.

(KG., 17. ZS., Urt. v. 30. Jan. 1922, 17 U 13367/21.)

Mitgeteilt von RA. Richard Becher, Berlin.

*

7. Durch Unterlassen der Kündigung stillschweigend verlängerte Mietverträge gelten von dem Termin ab, zu dem den Vertragsparteien die Kündigung freistand, als Verträge mit neuen Preisvereinbarungen i. S. des § 7 Abs. 2 der HöchstMVO.

Die Höchstmietenverordnung regelt in § 7 Abs. 1 und 2 die Verhältnisse zwischen Vermieter und Mieter bei der Miete von Räumen mit Sammelheizung und Warmwasserversorgung verschieden, je nachdem die letzte Preisvereinbarung vor oder nach dem 25. Juni 1919 getroffen ist. Diese Verschiedenheit der Regelung ist darin begründet, daß die nach dem 25. Juni 1919 getroffenen Preisabreden im Gegensatze zu den älteren Vereinbarungen schon die Bestimmungen der Sammelheizungsverordnung berücksichtigen konnten. Dies konnte aber nicht nur bei neuem Vertragsschluß, sondern auch bei Verlängerung bestehender Verträge geschehen. Dadurch, daß die Parteien nach dem 25. Juni 1919 durch Unterlassen der Kündigung den Vertrag verlängerten, trafen sie stillschweigend von neuem die bisherige Preisvereinbarung (vgl. auch RG. 86, 62 und 97, 81). Die vom Bekl. zu zahlenden Grundmietbeträge und Kosten für Heizung und Warmwasserversorgung bestimmen sich daher seit dem ersten nach dem 25. Juni 1919 eingetretenen Termin, zu dem beiden Vertragsteilen die Kündigung freistand, also seit dem 1. April 1920, nach § 7 Abs. 2 der Höchstmietenverordnung.

(KG., Urt. v. 22. Febr. 1922, 17 U 9522/21.)

Mitgeteilt von AGR. Dahmann, Kalkberge.

*

8. Wertberechnung für einen Grundstücksveräußerungsvertrag bei Ausbedingung einer Vertragsstrafe.

Durch notariellen Vertrag v. 16. Juni 1921 verkauft der Stellenbesitzer K. F. an seine Tochter O. Sch. und seinen Schwiegersohn K. Sch. als Miteigentümer je zur Hälfte seine Grundstücke. In § 6 wird bestimmt, daß die Käufer vor dem 1. Juli 1936 nicht befugt sind, die Grundstücke ganz oder teilweise einem Dritten zu veräußern, welcher nicht zu ihren Abkömmlingen gehört. Für den Fall der Zuwiderhandlung sollten sie dem Verkäufer eine Vertragsstrafe von 9000 ℳ zahlen; zur Sicherung dieses Anspruches bewilligten die Käufer die Eintragung einer Gesamtsicherungshypothek. Der Gerichtsschreiber bezog diese 9000 ℳ in den nach § 21 Nr. 1 PrGKG. ermittelten Grundstückswert, der sonst 35 275 ℳ betragen haben würde, ein. Erinnerung, Beschwerde und weitere Beschwerde wurden zurückgewiesen.

Das LG. hat ausgeführt, daß an sich nach § 20 PrGKG. für die Wertberechnung Vertragsstrafen nicht zu berücksichtigen seien, daß indessen vorliegend die Vertragsstrafe ihrem Sinne nach nichts anderes sei, als der Wegfall einer den Käufern als nahen Angehörigen des Verkäufers gewährten Begünstigung, und daß § 6 des Vertrages klar zum Ausdruck bringe, daß der Verkäufer, wenn er die Grundstücke an fremde Leute verkauft hätte, 9000 ℳ mehr verlangt haben würde. Diese Ausführungen bewegen sich auf dem rein tatsächlichen Gebiet der Auslegung und lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Insbesondere kommt es nicht auf den Wortlaut der betreffenden Bestimmung an, hier also, daß der zu zahlende Betrag als Vertragsstrafe bezeichnet ist, sondern auf den Sinn (vgl. Mügel-Ehm. § 21 Anm. 6 a. E.). Mit Recht hat also das LG. geprüft, ob der Verkäufer sich durch die Vertragsstrafe nur die Erreichung eines bestimmten Zwecks, etwa daß der Grundbesitz der Familie erhalten bleiben sollte, sichern, oder etwa ob der gerade den Käufern eine Vergünstigung zukommen lassen wollte, indem er zwar für seine Grundstücke einen ihrem inneren Werte entsprechenden Preis (44 275 ℳ) ansetzt, für den Fall und solange seine Angehörigen aber die Grundstücke nicht weiterverkauften, um 9000 ℳ ermäßigte. Letztere hat das LG. tatsächlich angenommen.

(KG., ZS. Ia, Beschl. v. 14. Okt. 1921, Ia X 731 21/17.)

Mitgeteilt von JR. Loewe, Löwen i. Schl.

*

Frankfurt a. M.

9. Klage des Grundstückseigentümers auf Rückgabe der untervermieteten Räume an den Hauptmieter.†)

I. An dem bisherigen gemeinsamen Standpunkte der hiesigen Gerichte und des MEA., daß zu Räumungsklagen, die ausschließlich auf Grund des Eigentums oder des Besitzes erhoben werden (§§ 903, 985, 861, 862 BGB.), die Zustimmung des MEA. nicht erforderlich sei, ist festzuhalten. Die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn der Vermieter nur, um das Erfordernis der Einwilligung des MEA. zu umgehen, die Klage lediglich auf Eigentum oder Besitz gründet, kann dahingestellt bleiben, denn im vorliegenden Falle besteht ein Rechtsverhältnis schuldrechtlicher Art zwischen den Parteien überhaupt nicht, so daß die Räumungsklage anders als mit Eigentum und Besitz gar nicht begründet werden kann.

II. Der Besitzer einer Sache kann dem Eigentümer die Herausgabe — also bei Grundstücken oder Teilen von solchen die Räumung — verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist (§ 986 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Einen Hauptanwendungsfall dieser Bestimmung bildet die Befugnis des Untermieters, solange er dem Mieter gegenüber zum unmittelbaren Besitze der Wohnung berechtigt ist, dem Räumungsverlangen des Hauseigentümers unter Hinweis auf das Besitzrecht des Mieters zu widersprechen. Daß im vorliegenden Falle die Eheleute B. als Mieter dem Kl. gegenüber noch zum Besitze der Wohnung berechtigt sind, steht außer Streite. Es fragt sich also nur, ob den Bekl. gegenüber den Eheleuten B. noch ein Recht auf den Besitz der Mieträume zusteht.

Die Behauptung der Bekl., das Wohnungsamt habe ihnen bereits im November oder Dezember 1920 durch eine Dame mitteilen lassen, sie seien als Zwangsmieter in die Wohnung eingewiesen, kann ungeprüft bleiben. Abgesehen von den Bedenken, die sich gegen eine Beschlagnahme in dieser unzulässigen Form erheben müßten (vgl. § 5 Abs. 2 der MagistratsVO. v. 4. März 1920, Städt. AnzBl. 68), hatten die Bekl. feststehendermaßen damals die Wohnung auf Grund des im Mai 1920 mit den Eheleuten B. geschlossenen freiwilligen Untermietvertrages inne. Die Eheleute B. waren noch nicht nach Frankfurt a/M. zurückgekehrt, und es herrschte zwischen ihnen und den Bekl. noch keinerlei Streit über den Fortbestand des Untermietverhältnisses. Es fehlten somit alle gesetzlichen Voraussetzungen für die Beschlagnahme der Wohnung. Erstens war sie nicht unbenutzt (§ 4 Abs. 1 a. a. O. unter a), und zweitens wäre die Einweisung eines „Wohnungsuchenden“ (§ 6 das.) in eine Wohnung, die er bereits auf Grund eines freiwilligen Mietvertrages innehatte, eine gegenstandslose Anordnung gewesen. Auch würde diese Anordnung allein den Bekl. noch kein Recht zum Besitze der Mieträume gegeben haben. Ein solches wäre ihnen erst im weiteren Verlaufe des Zwangseinmietungsverfahrens aus dem auf Antrag des Wohnungsamtes durch das MEA. festgesetzten Mietvertrage erwachsen. Es bedarf auch keiner Aufklärung der weiteren widerspruchsvollen Vorgänge beim Wohnungsamt, denn diese sind sämtliche überholt durch den Beschluß des MEA. v. 6. Aug. 1921. Warum das Wohnungsamt, Abteilung Wohnungsnachweis, entgegen der in seiner Beschlagnahmeverfügung v. 25. Mai 1921 enthaltenen Drohung es unterlassen hat, beim MEA. den Antrag auf Festsetzung eines Zwangsmietvertrages zu stellen, warum über die gegen die Beschlagnahme erhobene Beschwerde der Eheleute B. anstatt der nach Art. 4b RGes. v. 11. Mai 1920 (RGBl. 943) in Verbindung mit den AusfVorschr. des Preuß. Min. f. Volkswohlfahrt v. 3. Juli 1920, GS. 361 und dem MagBeschluß v. 5. Dez. 1920 zuständigen Beschwerdekammer des MEA. zunächst das Wohnungsamt, Abteilung Wohnungserfassung, befunden und warum sich überhaupt das Wohnungsamt anstatt des nach § 2 Abs. 1 Ziff. 1a und b der MSchVO. v. 23. Sept. 1918 (RGBl. 1140) und 22. Juni 1919 (RGBl. 591) zuständigen MEA. mit dem durch die Kündigung der Eheleute B. zwischen ihnen und den Bekl. entstandenen Streitfalle befaßt hat, dies alles mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist die Beschwerde schließlich an das MEA. als die allein zuständige Stelle gelangt, und dieses hat durch den angezogenen

---

Zu 9. Der Fall zeigt, wie wenig rechtlich geordnet in Mietesachen seitens der behördlichen Stellen bisweilen vorgegangen wird, und wie groß der Spielraum für das Eingreifen der ordentlichen Gerichte geblieben ist. Der Entscheidung der im obigen Urteil erörterten Rechtsfragen trete ich durchweg bei. Hat der Untermieter gegenüber dem Untervermieter kein Recht mehr auf den Besitz der Mietsache, so hat er auch keine Möglichkeit mehr, sich dem Räumungsbegehren des Eigentümers (und Erstvermieters) erfolgreich zu widersetzen. Der § 721 ZPO. steht dem Untermieter zur Seite, da der § 721 nicht voraussetzt, daß zwischen den Parteien des Räumungsprozesses ein Mietverhältnis besteht (Mittelstein, Miete S. 391). Die Befristung ändert nichts daran, daß der Untermieter dem Eigentümer die Sache weiter vorenthält (Mittelstein, S. 392). Nur der Vollstreckungsanspruch ist durch die Befristung beschränkt worden (vgl. ferner Striemer in JW. 1914, 850/851). Deshalb ist das obige Urteil auch in diesem Punkte zutreffend.

OLGPräs. Prof. Dr. Mittelstein, Hamburg.

Beschluß v. 6. Aug. 1921 die Beschlagnahme aufgehoben, gleichzeitig auch die durch die Eheleute B. erklärte Kündigung des Untermietverhältnisses genehmigt. Hierzu ist nach dem 1. Okt. 1921 die Genehmigung zur Räumungsklage getreten. Die Eheleute B. haben sodann beim AG. Klage erhoben und die Verurteilung der Bekl. zur Räumung erzielt. Das Urteil, das den Bekl. eine Räumungsfrist bis zum 15. Febr. 1922 setzt, ist rechtskräftig geworden. Die zu seiner Vollstreckung erforderliche Genehmigung des MEA. ist erteilt.

Hiermit ist entschieden, daß den Bekl. gegenüber den Eheleuten B. ein Recht auf den Besitz der Mieträume aus dem Untermietvertrage nicht mehr zusteht. Sie können also ein solches Recht auch dem Kl. nicht mehr entgegenhalten.

III. Indessen machen die Bekl. noch geltend, durch die ihnen vom Richter nach § 721 ZPO. bis zum 15. Febr. 1922 gewährte Räumungsfrist sei ihnen gegenüber den Eheleuten B. und somit gemäß § 985 Abs. 1 Satz 1 BGB. auch gegenüber dem Kl. ein neues Recht zum Besitze der Mieträume erwachsen. Diese Annahme ist irrig. Die Ermächtigung des Richters, in Urteilen auf Räumung einer Wohnung dem Bekl. auf seinen Antrag eine angemessene Räumungsfrist zu gewähren, ist eine auf sozialpolitischen Erwägungen beruhende rein prozeßrechtliche Vorschrift, die eine Beschränkung des Vollstreckungsanspruchs nach Art der §§ 811, 850 ff. ZPO. bedeutet.

Stein, ZPO., 10. Aufl., § 721 Anm. 1.

Eine Änderung der materiellen Rechtslage wird also durch die richterliche Gewährung einer Räumungsfrist nicht herbeigeführt. Auch läßt die Beschränkung des den Eheleuten B. zustehenden Vollstreckungsanspruchs den Vollstreckungsanspruch des Kl. unberührt.

Da § 721 ZPO. ganz allgemein zur Voraussetzung hat, daß auf Räumung einer Wohnung erkannt wird, sich also keineswegs auf Räumungsurteile beschränkt, die auf Grund eines Mietverhältnisses ergehen, so hätte den Bekl. auch im gegenwärtigen Urteil eine Räumungsfrist gewährt werden können, und zwar zweckmäßigerweise ebenfalls bis zum 15. Febr. 1922, sie haben es jedoch unterlassen, einen entsprechenden Antrag zu stellen.

(OLG. Frankfurt a. M., 2. ZS., Urt. v. 1. Febr. 1922, 2 U 419/21.)

Mitgeteilt von RA. Thormann, Frankfurt a. M.

---

b) Strafsachen.

Berlin.

1. **Die Weigerung, der Gemeinde Wohnraum zu überlassen, ist nach der WohnungsmangelVO. nicht strafbar.** †)

Die Revision erblickt eine materielle Gesetzesverletzung in dem Umstande, daß die Strafkammer den § 1 der Anordnung des Bürgermeisters von Br. v. 21. Juni 1920, betr. Erweiterung der Maßnahmen gegen Wohnungsmangel, nicht zur Anwendung gebracht hat. Dem kann nicht beigetreten werden.

Die von der Revision als verletzt bezeichnete Vorschrift bestimmt, daß die Anordnungen der WohnMangVO. v. 23. Sept. 1918 (RGBl. 1143)/22. Juni 1919 (RGBl. 591) §§ 4 und 5 auf die daselbst näher bezeichneten Wohnungen ausgedehnt werden.

Der § 4 der VO. enthält nun aber keinerlei Gebots- oder Verbotsgesetz, das gegen den Verfügungsberechtigten der betreffenden Wohnung gerichtet wäre; er verleiht vielmehr der Gemeindebehörde die Möglichkeit, die Wohnung einem Dritten oder sich selbst zu verschaffen. Kann schon aus diesem Grunde von einer Zuwiderhandlung des Angekl. gegen diese Vorschrift keine Rede sein, so kommt noch hinzu, daß dem Angekl. ein Wohnungsuchender gar nicht bezeichnet war, und daß die Voraussetzungen für das weitere Vorgehen des Bürgermeisters von Br. gemäß § 4 WohnMangVO. (Ziff. III der Anordnungen v. 10. Nov. 1919) daher noch nicht bestanden. Endlich nimmt die Strafkammer zutreffend an, daß Verstöße gegen die §§ 4 und 5 WohnMangVO. keiner Strafvorschrift unterstehen. § 10 WohnMangVO. enthält eine solche Strafdrohung nicht.

Ob und auf welchem anderen Wege die Gemeindebehörde die Überlassung der Räume erzwingen kann, braucht hier nicht entschieden zu werden[1]).

Nun ist allerdings die Ausdehnung der Anordnung im § 4 WohnMangVO. auf die unbenutzten Wohnungen durch die Anordnung v. 21. Juni 1920 nicht gemäß einer nach § 1 WohnMangVO. erteilten Ermächtigung, sondern auf Grund des § 9 das. erfolgt. (Nach § 10 Ziff. 3 WohnMangVO. wird bestraft, wer einer Anordnung zuwiderhandelt, die auf Grund des § 9 erlassen worden ist.) Eine solche Vorschrift, die keine selbständigen Anordnungen enthält, kann aber unmöglich andere Wirkungen zeitigen, als eine gemäß §§ 4, 1 WohnMangVO. für unbenutzte Wohnungen erlassene Anordnung. Es wäre geradezu unverständlich, wenn der Gesetzgeber im erstgenannten Falle Strafen für Zuwiderhandlungen angedroht, im zweiten Falle aber solche nicht bestimmt hätte. Deshalb muß angenommen werden, daß auch derjenige, welcher der gemäß §§ 9, 4 WohnMangVO. erlassenen Anordnung entgegen sich weigert, der Gemeinde seine unbenutzten Wohnräume zu überlassen, nicht bestraft werden kann.

Hiernach ist der Hauptangriff der Revision gegen das Berufungsurteil allerdings verfehlt. Gleichwohl mußte dem Rechtsmittel stattgegeben werden, da die Strafkammer, wie die Revision an zweiter Stelle zutreffend rügt, dem § 5 der Anordnung v. 21. Juni 1920 infolge von Rechtsirrtum als nicht anwendbar erklärt hat. Weshalb diese Vorschrift keine strafrechtliche, sondern nur eine zivilrechtliche Wirkung haben soll, wird von dem BG. nicht dargelegt und erhellt auch nicht. Es handelt sich um eine gemäß § 9 WohnMangVO. erlassene Anordnung, gegen deren Zulässigkeit und Rechtsgültigkeit keine Bedenken bestehen. Zuwiderhandlungen gegen diese Anordnung sind im § 10³ (Fassung v. 11. Mai 1920) mit Strafe bedroht. Die Strafkammer hätte sonach prüfen müssen, ob der Angekl. sich eines Vergehens gegen den § 5 der Anordnung v. 21. Juni 1920 schuldig gemacht hat und aus § 10³ WohnMangVO. zu bestrafen ist.

(KG., 1. StS., Urt. v. 21. März 1922, 1 S 147/22.)

Mitgeteilt von KGR. Prof. Dr. Klee, Berlin.

*

2. **Die Räumung einer zwangsvermieteten Wohnung ist nicht ohne weiteres, sondern nur auf Grund Urteils des ordentlichen Gerichts vollstreckbar.** †)

Aus den Gründen: Der Angekl. hat von den Erben seines Vaters, deren Allgemeinbevollmächtigter er ist, eine Schneidemühle gepachtet und dabei eine im Obergeschosse des Gebäudes befindliche Wohnung mitgemietet. Auf Antrag des Magistrats in Z. erließ am 2. Okt. 1920 das MEA. des Kreises T. einen Beschluß, durch den ein Teil der Wohnung dem Magistrat zwecks Vergebung an einen geeigneten Wohnungsuchenden vermietet wurde. Als der Angekl. sich weigerte, die Räume für den eingewiesenen Mieter freizumachen, begab sich der Bürgermeister Th. mit dem Polizeiwachtmeister B. nach der Schneidemühle, um die Vollstreckung des Beschlusses zwangsweise vorzunehmen. Der Angekl. ließ jedoch die Beamten nicht in das Haus hinein, sondern stellte sich mit ausgebreiteten Armen vor die Eingangstür und faßte den Bürgermeister abwehrend an die Schulter. Als er darauf von dem Polizeiwachtmeister abgeführt wurde, beschimpfte er ihn mit den Worten, er lasse sich nicht von Strolchen und Verbrechern festnehmen.

Auf Grund dieses Sachverhalts wurde er vom Schöffengericht wegen Widerstandes und Beleidigung zu Strafe verurteilt, seine Berufung vom LG. verworfen. In der Revisionsschrift rügt er Verletzung der §§ 113, 185, 196, 200, 74 StGB.

Das Rechtsmittel ist, soweit die Verurteilung aus § 113 in Frage kommt, begründet. Diese Strafvorschrift erfordert, daß der Widerstand einem Vollstreckungsbeamten geleistet wird, der sich in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes befindet. Daß der Bürgermeister Th., der zugleich Vorsteher der Polizeibehörde ist, und der Wachtmeister B. zur Vollstreckung von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden allgemein ermächtigt sind, bedarf keiner weiteren Ausführung. Ist eine solche allgemeine Zuständigkeit des Beamten einmal begründet, so schadet es der Regel nach zwar nicht, wenn der Befehl, den er in gesetzlicher Form ausführt, im Einzelfalle unzulässig war. Im vorliegenden Falle haben jedoch, wie der Sachverhalt ohne weiteres ergibt, die beiden Beamten keinen Befehl

---

[1]) Vgl. hierüber das Urteil 1 S 868/21 v. 17. Jan. 1922, zum Abdruck in der JW. bestimmt.

Zu 1. § 10 WohnMangVO. bestimmt, inwieweit Strafen verhängt werden können wegen Verletzung der WohnMangVO. Danach ist die Nichtbefolgung des § 4 nicht unter Strafe gestellt, wohl aber ist strafbar „3. wer einer Anordnung zuwiderhandelt, die auf Grund des § 9 erlassen worden ist". Im vorliegenden Falle ist auf Grund des § 9 „die Ausdehnung der Anordnung im § 4 WohnMangVO. auf die unbenutzten Wohnungen" auf Grund des § 9 erfolgt, es handelt sich aber nicht um eine „selbständige Anordnung", sondern offenbar um eine Wiederholung der Vorschrift des § 4 WohnMangVO. Der § 9 trifft aber „andere als die in den §§ 2—5 bezeichneten Anordnungen". Deshalb ist mit Recht erkannt, daß nicht strafbar ist, wer eine gemäß §§ 9, 4 erlassene Anordnung nicht befolgt, da anderenfalls auf einem Umwege die Verletzung des § 4 unter Strafe gebracht würde.

OLGPräs. Prof. Dr. Mittelstein, Hamburg.

Zu 2. Die Gründe dieses bedeutsamen Urteils geben Anlaß zu mancherlei Bemerkungen. Zu der Ausführung über den § 1 WMVO. v. 23. Sept. 1918 sei darauf hingewiesen, daß der § 1 durch das WMG. v. 11. Juni 1920 eine neue Fassung erhalten hat, wonach hinter „Gemeindebehörde" die Worte: „in dem ein Einigungsamt errichtet ist" gestrichen sind. Zu eng erscheint mir die Auffassung des KG., daß der § 4 sich darin erschöpft, einen Wohnungsuchenden nachzuweisen und evtl. das MEA. um Festsetzung eines Zwangsmietvertrages einzugehen. Ich habe die z. B. auch von Unger S. 217 und Holz S. 67 vertretene Auffassung, daß im § 4 eine Befugnis der Gemeindebehörde zur Beschlagnahme von Räumen enthalten ist und daß die Gemeindebehörde aus derartig beschlagnahmten Räumen auch gemäß § 9b WMVO. im Wege unmittelbaren polizeilichen Zwanges die bisherigen Benutzer hinaussetzen kann. Im vorliegenden Falle war aber die Gemeindebehörde nicht derartig verfahren, sondern sie hatte sich gemäß § 4 Abs. 2 WMVO. vom MEA. zwangsweise zum Mieter machen lassen und

einer ihnen vorgesetzten Behörde ausgeführt. Der Bürgermeister war vielmehr bei der Amtshandlung in doppelter Eigenschaft tätig. Er wollte in seiner Stellung als Polizeivorstand eine Vollstreckungshandlung vornehmen, die er als Magistratsleiter beschlossen hatte; der Polizeiwachtmeister B. war lediglich sein Begleiter und Gehilfe. Deshalb hätte Th. sich nur dann in rechtmäßiger Amtsausübung befunden, wenn die Diensthandlung nicht nur zu seinen allgemeinen Befugnissen gehört hätte, sondern auch im gegebenen Falle durch gesetzliche Vorschriften erlaubt gewesen wäre. Nun ist nach Art. 115 der neuen RVerf. die Wohnung jedes Deutschen unverletzlich; sie ist eine Freistätte und auch gegen Eingriffe der Behörden geschützt. Ausnahmen sind nur auf Grund von Gesetzen zulässig. Es fragt sich also, ob der Zeuge Th. ein gesetzliches Recht zur zwangsweisen Vollstreckung des Mietvertrages hatte. Diese Frage ist zu verneinen.

Nach § 1 der Bek. über Maßnahmen gegen Wohnungsmangel v. 23. Sept. 1918 (RGBl. 1140) kann die oberste für das Wohnungswesen zuständige Landesbehörde eine Gemeindebehörde, in deren Bezirk ein MEA. errichtet ist, zu den in den §§ 2—5 bezeichneten Anordnungen und Maßnahmen ermächtigen.

Da für den Kreis T., dessen Vorstand zweifellos als eine Gemeindebehörde i. S des § 1 anzusehen ist, ein MEA. errichtet ist, durfte hiernach die Landeszentralbehörde dem Kreisausschuß T. die gedachte Ermächtigung erteilen. Dagegen war sie zur Ermächtigung der Vorstände der Einzelgemeinden, die im Bezirk des Kreises liegen, nicht befugt, da das Gesetz für die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme keinerlei Anhalt bietet. Die Frage, ob der Staatskommissar für das Wohnungswesen, der durch königlichen Erlaß v. 17. Mai 1918 zur obersten Landesbehörde für sämtliche Angelegenheiten des Wohnungswesens bestellt war, oder der Regierungspräsident in Potsdam etwa auf Grund der in dem Erlaß des Staatskommissars v. 27. Aug. 1919 enthaltenen allgemeinen Ermächtigung irgendeiner Gemeindebehörde eine Ermächtigung auf Grund des § 1 tatsächlich erteilt hat, ist vom Berufungsrichter überhaupt nicht erörtert. Jedenfalls war solche Ermächtigung, wenn sie erteilt ist, nach dem Obigen nur dann wirksam, wenn die Erteilung an den Kreisausschuß T. erfolgte, während der Magistrat der Stadt Z. das Recht, die in den §§ 2—5 der WohnungsmangelVO. bezeichneten Anordnungen zu treffen, niemals erwerben konnte.

Die Anordnung nach § 4 der VO. ist eine Sonderanordnung und erschöpft sich nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift darin, daß die Gemeindebehörde dem Verfügungsberechtigten für die unbenutzte Wohnung einen Wohnungsuchenden bezeichnet und, falls ein Mietvertrag zwischen beiden nicht zustande kommt, das Einigungsamt um Festsetzung eines solchen ersucht.

Da nach den Feststellungen des BG. nicht der Kreisausschuß T., sondern der Magistrat von Z., dem das Recht, eine Anordnung aus § 4 zu treffen, nicht zustand, das MEA. angerufen hat, entbehrt das Verfahren vor diesem und damit auch sein Beschluß v. 2. Okt. 1920 der gesetzlichen Grundlage.

Weitere Bedenken gegen die Gültigkeit dieses Beschlusses ergeben sich aus der Fassung des darin enthaltenen Zwangsmietvertrages. In diesem Vertrage wird, sofern die Beteiligten sich über die Höhe des Mietzinses nicht einigen sollten, die Festsetzung der Miete dem Ermessen eines städtischen Ausschusses, also mittelbar der einen Partei überlassen. Nun mag bei Privatverträgen in Hinblick auf § 315 BGB. gegen eine solche Vertragsbestimmung nichts einzuwenden sein. Bei der Festsetzung von Zwangsverträgen durch eine gerichtsartige Behörde muß aber verlangt werden, daß in dem Vertrage Leistung und Gegenleistung genau abgegrenzt sind, damit die Beteiligten über ihre beiderseitigen Rechte und Verbindlichkeiten nicht im unklaren bleiben. Daß dies im vorliegenden Falle unterblieben ist, macht die Rechtswirksamkeit und Vollstreckbarkeit des Zwangsmietvertrages überaus zweifelhaft.

Wollte man aber über alle diese Bedenken hinwegsehen, so ergäbe sich die Unrechtmäßigkeit der Amtsausübung Th.s doch daraus, daß nach Lage der Gesetze weder die Gemeinde- noch die Polizeibehörde zur Vollstreckung eines Zwangsmietvertrages befugt ist. Das Recht der Gemeindebehörde aus § 4 hat mit der Anrufung des MEA. ein Ende; insbesondere ist ihr die Befugnis, die Räumung der zwangsvermieteten Wohnung zu verfügen, nirgends zugesprochen. Deshalb versagt auch die Berufung auf § 9b der VO.; denn eine Verfügung, die im Wege polizeilichen Zwanges vollstreckt werden könnte, ist eben gesetzlich nicht zulässig. (Vgl. Stern, Mieterschutz-, Wohnungsnot- und Pachtschutzrecht, 5. Aufl. S. 30; Anschütz in JW. 1920, 340; Bornhak in Einigungsamt, 1. Jg. S. 10/11.) Über den Weg, auf dem Zwangsmietverträge durchzuführen sind, spricht sich zwar weder die Bek. v. 23. Sept. 1918 noch die Anordnung des Reichskanzlers über das Verfahren vor den MEA. vom gleichen Tage (RGBl. 1146) aus. Der letzteren Anordnung ist nur zu entnehmen (§ 13), daß die vor dem Amt geschlossenen Vergleiche nach den Vorschriften der ZPO. zu vollstrecken sind. Ein Vergleich kommt aber in einem Falle der vorliegenden Art nicht in Frage, sondern eine auf Grund streitiger Verhandlung ergehende Entscheidung i. S. des § 11 der Anordnung. Die Ansprüche aus einer solchen Entscheidung können nur im Wege der Klage vor dem ordentlichen Gerichte durchgeführt und vollstreckt werden. (Vgl. Stern a. a. O. S. 120, 121.) Hiernach befand sich der Zeuge Th., als er in seiner Eigenschaft als Magistratsleiter die Vollstreckungsverfügung erließ und sie darauf auszuführen unternahm, nicht in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes. Der Angekl. war daher von der Anklage des Widerstandes gegen die Staatsgewalt (Vergehens gegen § 113 StGB.) freizusprechen.

(KG., 1. StS., Urt. v. 15. Jan. 1922, 1 S 868/21.)

Mitgeteilt von KGR. Prof. Dr. Klee, Berlin.

wollte jetzt für sich als den Zwangsmieter den Zwangsmietvertrag gewaltsam ausführen. Daß dazu die Gemeindebehörde nicht berechtigt ist, vielmehr hier nur der ordentliche Rechtsweg gegeben ist, der durch die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung rasch zum Ziel führt, ist mit Recht vom KG. angenommen (vgl. Stern S. 105, 120; LG. III Berlin, KGBl. 1921, 42). Ist der Zwangsmietvertrag festgesetzt und damit ein bürgerlich-rechtliches Mietverhältnis begründet, so besteht kein Grund mehr, noch Polizeigewalt Platz greifen zu lassen. Die gewaltsame Durchführung der Beschlagnahme bezweckt auch nur, den Raum für die Benutzung durch einen (neuen) Mieter freizumachen, nicht aber einen solchen einzuweisen.

Mit Grund hat das KG. angezweifelt, daß im vorliegenden Falle das MEA. die Festsetzung der Höhe des Mietzinses einem Dritten und dazu noch einem städtischen Ausschuß des Zwangsmieters überlassen dürfte. Das MEA. hat einen vollständigen Mietvertrag festzusetzen. Es ist durch nichts angedeutet, daß es die Festsetzung des wichtigsten Punktes auf eine andere Stelle delegieren dürfte. § 315 BGB. kommt schon deshalb nicht in Frage, weil es sich um eine behördliche Festsetzung, um einen Verwaltungsakt handelt und nicht um eine Vereinbarung.

Fälle der vorliegenden Art zeigen, wie notwendig es ist, daß dem MEA. ein ordentlicher Richter vorsteht und daß auf diesem Gebiete die ordentlichen Gerichte mitwirken können. Nur sie verbürgen den Rechtsstaat.

OLGPräs. Prof. Dr. Mittelstein, Hamburg.

*

Marienwerder.

3. Betrug durch Angabe eines hinter dem vereinbarten Kaufpreise zurückbleibenden Preises bei Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages.[1]) †)

Die Angekl. hatten den Notar beauftragt, ihre Vereinbarungen mit dem Käufer ihres Grundstückes zu beurkunden. Indem sie ihm bei der Beurkundung angaben, der Kaufpreis sei auf 400 000 ℳ vereinbart, während er tatsächlich auf 465 000 ℳ vereinbart worden war, spiegelten sie dem Notar hinsichtlich dieser Vereinbarung eine falsche Tatsache vor. Der hiergegen vor der Revision erhobene Einwand, die Angekl. hätten nicht die Rechtspflicht gehabt, dem Notar den wirklich vereinbarten Kaufpreis zu nennen, greift nicht durch. Die Frage der Wahrheitspflicht ist nur von Erheblichkeit, wenn als Tatbestandsmerkmal des Betruges die Unterdrückung einer wahren Tatsache festgestellt werden soll. Dieser Feststellung bedurfte es aber nicht. Es genügte, das Merkmal der Vorspiegelung festzustellen. Übrigens lag auch jene Wahrheitspflicht der Angekl. dem Notar gegenüber vor. Die Höhe seiner Gebühren richtete sich nach dem wirklich vereinbarten und nicht nach dem niedrigeren beurkundeten Preise. Zur richtigen Gebührenrechnung mußten ihm die Angekl. wahrheitsgemäße Angaben machen. Ihre Verpflichtung hierzu erfolgt aus ihren nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu beurteilenden Vertragsverhältnis zum Notar, dem sie die Beurkundung des Vertrages übertragen hatten. Ohne Rechtsirrtum ist auch das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung auf seiten des Notars von der StK. festgestellt. Nach § 21 Nr. 1

[1]) Vgl. auch RGSt. v. 17. Jan. 1922 2 D 699/21 oben S. 811.

Zu 3. A. Das Urteil steht und fällt mit der Bejahung oder Verneinung der Frage: Hat der Notar einen Vermögensschaden erlitten? Die Antwort ist abhängig davon, ob der Notar einen Rechtsanspruch auf die um 34,30 ℳ höhere Gebühr hatte, ob m. a. W. die Partei rechtlich verpflichtet war, den wirklich vereinbarten um 65 000 ℳ höheren Kaufpreis anzugeben. Zuzugeben ist dem OLG., daß Mügel im Komm. zum Pr. GKG. erklärt: „Ist zwar ein Kaufvertrag geschlossen, der Kaufpreis in der Urkunde aber zu niedrig angegeben, so entscheidet der wirklich vereinbarte Preis.“ Nach dem Tatbestande haben die Angekl. den Notar beauftragt, ihre Vereinbarungen mit dem Käufer ihres Grundstückes zu beurkunden. War dabei der Käufer nicht zugegen, so ist die Beurkundung als Vertragsangebot aufzufassen, dem der Käufer mit einer notariell zu beurkundenden Erklärung zuzustimmen hat. Gibt er dabei den mündlich vereinbarten wahren Kaufpreis an, so ist dies eine Ablehnung des Vertragsantrages verbunden mit einem neuen Antrage (§ 150 Abs. II BGB.). Der Notar ist dann nicht geschädigt. Stimmt der andere Teil in einer notariellen Urkunde zu oder ist er bei der Beurkundung der Vereinbarungen nach den Angaben der Verkäufer zugegen und stimmt er zu, dann liegt nur ein Scheingeschäft vor, weil die Parteien etwas anderes wollen, als sie erklären (§ 117 Abs. I BGB.). Ob die Nichtigkeit geheilt wird, hängt von dem Ausgang der weiteren Verhandlungen vor dem Grundbuchamt ab. Wird die zu geringe Wertangabe nicht aufgedeckt, dann ist der Mangel gemäß § 313 geheilt. Wird er auf-

Pr. GKG. i. Verb. mit § 2 Abs. 2 NotGO. ist der Betrag des vereinbarten Kaufpreises maßgebend für die Höhe seiner Gebühren, die die Vergütung für die Beurkundung des Vertrages darstellen. Als „vereinbarter Kaufpreis" ist bei richtiger Auslegung des Gesetzes nicht der fälschlich niedrige verlautbarte, sondern der tatsächlich vereinbarte Kaufpreis anzusehen (Mügel, Pr. GKG., Anm. 3 zu § 21). Wird letzterer Preis zugrunde gelegt, so beträgt die Gebühr im vorliegenden Falle, wie die Strafkammer zutreffend feststellt, 34,30 ℳ mehr, als der Notar nach dem ihm niedriger angegebenen Preise berechnet und erhalten hat. Sein Gebührenanspruch blieb also zu einem Teile unbefriedigt. Er konnte aber die volle Befriedigung sogleich nach der Fertigstellungg der Beurkundung verlangen und durch Zurückbehaltung der Urkunde erzwingen (§ 23 NotGO.). An die Stelle des so gesicherten Anspruchs auf sofortige Zahlung der ganzen verdienten Gebühr trat in die Höhe von 34,30 ℳ der mehr oder weniger aussichtslose Anspruch auf Nachzahlung dieses Betrages. Auch entbehrte der Nachzahlungsanspruch des erwähnten Sicherungsmittels der Zurückbehaltung der Urkunde, da der Notar die Urkunde vor der Entdeckung der Täuschung und vor der Nachzahlung den Beteiligten herausgegeben hatte. Der Notar war somit in dem für die Bemessung seines Vermögensstandes maßgeblichen Zeitpunkte der Fälligkeit des Gebührenanspruchs in seinem Vermögen geschädigt. Daß die Schädigung später durch Nachzahlung des Gebührenrestes ausgeglichen wurde, ist für die Frage der Vermögensbeschädigung ohne Belang. Es genügt für den Tatbestand des Betruges, daß die Beschädigung eingetreten war.

Auch der Irrtum, der in dem Notar durch die Vorspiegelung erregt wurde und zu der ihn schädigenden Gebührenberechnung geführt hat, ist von der Strafkammer dem Gesetze entsprechend festgestellt worden. Allerdings wäre angesichts der im Urteil weiterhin festgestellten Tatsache, daß „derartige Betrugsfälle sich jetzt in unerhörter Weise mehren" zu erörtern gewesen, aus welchen Gründen die Strafkammer annahm, daß der Notar die Unwahrheit der Preisangabe nicht gekannt, mit ihrer Möglichkeit auch nicht gerechnet hat. Insofern weist die Begründung des Urteils eine Lücke auf. Sie zwingt indessen nicht zu der Annahme, daß die Strafkammer den Rechtsbegriff des Irrtums verkannt habe. Sie mag nach der ganzen Sachlage davon ausgegangen sein, daß der Notar die Beurkundung des Vertrages pflichtgemäß abgelehnt haben würde, wenn er die Unrichtigkeit der vor ihm verlautbarten Preisabrede gekannt oder mit der Möglichkeit der Unrichtigkeit gerechnet hätte.

Ferner rügt die Revision, daß der Vorderrichter bei der Feststellung der betrügerischen Absicht der Angekl. den Begriff der Absicht irrig ausgelegt habe. Die Rüge geht fehl. Nach den Feststellungen der Strafkammer beabsichtigten die Angekl., dem Käufer ihres Grundstücks, der die Kosten des Vertrages zu tragen hatte, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil dadurch zu verschaffen, daß sie „Stempel sparten". Die Strafkammer stellt weiter fest, daß die Angekl. unter „Stempel sparen" die Ersparnis sämtlicher Unkosten, die durch den Kaufvertrag entstehen würden, verstanden haben. Diese Feststellungen bewegen sich auf rein tatsächlichem Gebiet und sind der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen (§ 376 StPO.).

(OLG. Marienwerder, StS., Urt. v. 14. Nov. 1921, S 63/21.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. Hirschberg, Marienwerder.

---

gedeckt und gemäß § 19 Abs. 2 des Pr. GKG. in diesem Falle nicht der vereinbarte Kaufpreis, sondern der gerichtlich oder steueramtlich ermittelte gemeine Wert zugrunde gelegt, dann bleibt ebenfalls die notarielle Beurkundung außer Betracht. Der Notar hat nur Anspruch auf die Gebühr, die zu erheben gewesen wäre, wenn das von ihm beurkundete Geschäft bei Bestand geblieben wäre (§ 8 der NotGO.). Wie bei dieser Sachlage ein Vermögensschaden des Notars festgestellt werden kann, ist mir unerfindlich. Auch vermag ich nicht einzusehen, wieso der wirklich vereinbarte Preis für die Gebühr entscheiden soll. Vielmehr scheint mir auch für den Fall, daß der Kaufpreis in der Urkunde zu niedrig angegeben ist, die vorhergehende Bemerkung in dem Kommentar von Mügel zuzutreffen: „Wird nachgewiesen, daß nur ein Scheingeschäft vorliegt, so ist nicht der angeblich vereinbarte Kaufpreis, sondern der wahre Wert der Sache maßgebend." Dieser kann aber nur für die nicht notariellen Gebühren maßgebend sein; für den Notar bleibt es bei der Gebühr, die er erheben könnte, wenn das Scheingeschäft Bestand hätte.

Das OLG. verwendet die vorstehend bekämpfte Bemerkung von Mügel zur Stützung seiner Behauptung, die Verkäufer hätten die Rechtspflicht gehabt, dem Notar den wirklich vereinbarten Kaufpreis anzugeben und hätten sich daher auch des Betruges, begangen durch Unterlassung der Offenbarung wahrer Tatsachen schuldig gemacht. Diese Ansicht wird auch aus dem nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu beurteilenden Vertragsverhältnis zum Notar abgeleitet. Auch diese Auffassung scheint mir nicht richtig zu sein. Wer Tatsachen verschweigt, kann sicherlich nur dann wegen Betruges zur Verantwortung gezogen werden, wenn er damit eine Rechtspflicht zur Offenbarung wahrer Tatsachen verletzt. Eine solche Rechtspflicht kann aber nicht aus einem bloßen Vertragsverhältnis hergeleitet werden. Denn Treue und Glauben verpflichten zur Wahrheit nicht bei einem Vertragsabschluß, sondern bei einer Leistung auf Grund eines Vertrages (§ 242 BGB.). Der Vertrag mit dem Notar kann aber nach meinem Dafürhalten nur so aufgefaßt werden, daß der Notar verpflichtet sein sollte, die Angaben der Verkäufer zu beurkunden, nicht aber dahin, daß sich die Parteien dem Notar verpflichtet hätten, ihre Angaben nur wahrheitsgemäß zu machen, nichts zu verschweigen und nichts hinzuzusetzen. Es wäre sogar fraglich, ob der Notar die Partei verpflichten kann, ihm dies vor der Beurkundung zuzusichern. Darüber aber, daß dies geschehen wäre, ergeben die Feststellungen der Vorinstanz nichts. (Vgl. auch den RGRKomm. Note 2 b zu § 363.)

Übrigens ist die Angabe eines zu niedrigen Kaufpreises, wie das OLG. selbst richtig betont, auch eine Vorspiegelung einer falschen Tatsache; hätte der Notar also wirklich einen Vermögensschaden erlitten, so könnte vollendeter Betrug angenommen werden. Nicht geklärt ist allerdings die Frage, ob in dem Notar ein Irrtum erregt worden ist. Das OLG. hat richtig erkannt, daß zwischen den Feststellungen der Vorinstanz — in dem Notar sei ein Irrtum erregt worden, und: derartige Betrugsfälle mehrten sich jetzt in unerhörter Weise — ein unvereinbarer Widerspruch besteht. Um nun gleichwohl die Feststellung des Irrtums aufrechtzuerhalten, wird der Vorinstanz die Annahme unterstellt, der Notar habe gleichwohl die Unrichtigkeit der Preisangabe nicht gekannt (ist Nichtkennen ein Irrtum? Frank, Komm. Note III zu § 363 verneint; etwas abgeschwächter RGRKomm. Note 3 zu § 363), habe auch nicht mit ihrer Möglichkeit gerechnet, weil er die Beurkundung sonst pflichtgemäß abgelehnt hätte. Das sind neue von dem Revisionsgericht getroffene, der Vorinstanz lediglich unterstellte Feststellungen; dazu war das OLG. angesichts der §§ 376, 393, 394 der StPO. nicht befugt.

Das OLG. hätte also das Urteil der Vorinstanz aufheben müssen. Ob es gemäß § 394 StPO. in der Sache selbst hätte entscheiden können, hängt von der Frage ab, ob beim Mangel eines Vermögenschadens untauglicher Versuch oder Mangel am Tatbestand anzunehmen ist. Könnte Versuch angenommen werden, dann müßte die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen werden, weil die Strafe neu zugemessen werden müßte. Wird Mangel am Tatbestand angenommen, dann könnte das OLG. selbst auf Freisprechung erkennen. Ich bekenne mich zu der zweiten Ansicht, die vom RG. nicht geteilt wird, in dem Schrifttum dagegen mehr und mehr an Anhängern gewinnt. Von neueren Kommentaren sprechen sich Schwartz, Note 2 u. Note 8 zu § 43 und Lobe im RGR.-Komm. Note 11 zu § 43 dafür aus, daß beim Fehlen eines objektiven Tatbestandserfordernisses eine Straftat überhaupt nicht vorliegt, also auch Versuch nicht angenommen werden kann. Der Täter kann die fehlenden Tatbestandserfordernisse nicht ergänzen, die irrige Annahme, es liege Vermögensbeschädigung vor, kann sie nicht ins Leben rufen. Seine Handlung hat nicht etwa nur im vorliegenden Falle nicht zur Schädigung des Vermögens geführt, sondern sie konnte dazu niemals und unter keinen Umständen führen, weil ein Notar lediglich die Gebühren erheben kann, die den Angaben des Verkäufers über den Kaufpreis für ein zu verkaufendes Grundstück entsprechen, nicht aber die höheren Gebühren, die dem mündlich zwischen den Vertragschließenden vereinbarten Kaufpreis entsprechen.

Prof. Dr. Merkel, Greifswald.

B. Den vorstehenden Ausführungen Prof. Merkels vermag ich nicht beizutreten. Das Rechtsverhältnis des Notars zu den Beteiligten, für die er einen Rechtsakt beurkundet, ist kein Vertragsverhältnis, sondern der Notar übt eine Amtstätigkeit aus und seine Tätigkeit charakterisiert sich als Amtsgeschäft (vgl. z. B. RG. 95, 216 ff. = JW. 1920, 378; 85, 413 = JW. 1915, 92; s. Oberneck in DNotV. 20, 15 ff.). Nach § 1 NotGO. wird die Vergütung für diese Amtstätigkeit ausschließlich nach den Vorschriften der NotGO. bestimmt. Nach § 2 derselben werden diese Gebühren nach dem Wert des Gegenstandes erhoben und auf die Berechnung des Wertes des Gegenstandes finden die Vorschriften des PrGKG. Anwendung (§ 5 NotGO.). Die Feststellung des Wertes erfolgt durch den Notar. Durch die Erklärung der Parteien selbst kann der Wert nicht festgestellt werden, vielmehr ist eine solche Erklärung nur eine tatsächliche Unterlage für die Feststellung des Wertes durch den Notar (KGJ. 27, B 15; Rausnitz zu § 2 Anm. 3 S. 53). Die Bestimmung des § 2 NotGO. gilt nur für die Kostenfestsetzung, nicht aber etwa für die Stempelberechnung, weil für letztere die Wertfestsetzung nach dem Stempelsteuergesetz erfolgt. Bei Beurkundung von Rechtsgeschäften entscheidet die Regel des § 40 Abs. 1 GKG. Doch wird von dieser Regel nach § 21 GKG. eine Ausnahme gemacht für alle diejenigen Verträge, bei denen die Leistung des einen Teils in einer Zahlung besteht, also insbesondere für Kaufverträge. Handelt es sich um den Verkauf einer Sache, so ist als Wert der Betrag des vereinbarten Kaufpreises in Ansatz zu bringen. Wenn dennach die Parteien den vereinbarten Kaufpreis, d. h. den wahren Kaufpreis nicht angeben, sondern einen andern Kaufpreis erklären, so verhindern sie den Notar, den Wert des Gegenstandes richtig festzusetzen und schädigen ihn insoweit, als er gemäß dieser Wertfestsetzung liquidiert, während er bei richtiger Angabe des

Naumburg.

4. Anwendung der PreistrVO. bei Verpachtung eines Kirschenhanges.

Ob die Überlassung der Früchtenutzung einer Ernte sich als Pacht oder Kauf darstellt, ist in der Rechtslehre wie in der Rechtsprechung streitig. Die besonderen Umstände des Einzelfalles sind zu berücksichtigen. Nach Ortmann — BGB. — ist auf zwei Merkmale entscheidendes Gewicht zu legen. Handelt es sich um Früchte i. S. des § 99 BGB., d. h. den Ertrag einer Sache, nicht um eine Gewinnung der Sache selbst, wie letzteres der Fall ist beim Überlassen einer Tongrube, eines Steinbruches, so ist der hierüber geschlossene Vertrag dann jedenfalls als Pacht anzusehen. Wenn das Entgelt gezahlt wird für die Nutzungsüberlassung als solche ohne Rücksicht auf die Höhe des Ertrages oder ob überhaupt ein solcher erzielt wird, während in dem Falle, daß das Entgelt sich abstuft nach der Höhe der gezogenen Nutzungen, nach deren Menge z. B. dem sog. Milchpachtvertrag ein Kaufvertrag vorliegt. Nicht entscheidend für das Vorliegen eines Pachtvertrages ist die Besitzüberlassung, vgl. Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch, 5. Aufl., Anm. 10 zu § 324. Das Gericht nimmt daher einen Pachtvertrag als vorliegend an. Der Einwand, daß auf Pacht die PreisTrVO. v. 8. Mai 1918 unanwendbar ist, trifft nicht zu. Für deren Anwendbarkeit spricht ihr Zweck. Dieser ist ein wirtschaftlicher. Sie will verhindern, daß die wirtschaftlich notwendigsten Lebensgüter, die Gegenstände des täglichen Bedarfs für den Verbraucher unnötig verteuert werden. Sie will verhindern, und zwar ohne Rücksicht auf die Rechtsformen, in welcher sich der Übergang der Lebensgüter vom Erzeuger zum Verbraucher vollzieht, daß dadurch ein übermäßiger Gewinn auf diesem Wege von einem in der Verteilung Beteiligten erzielt wird. Wenn daher auch die Mehrzahl der Geschäfte, auf die die Verordnung Anwendung findet, sich als reine Veräußerungsgeschäfte darstellt, so scheiden damit auch die Rechtsgeschäfte nicht aus, die, wenn auch in anderem Rechtsgewand, sich wirtschaftlich als Veräußerungsgeschäfte darstellen. Das trifft aber zu auf einen Pachtvertrag, der sich in der Überlassung der Nutzung oder Jahresernte einer Obstanpflanzung erschöpft; er gleicht, wirtschaftlich betrachtet, mehr einem Kaufe und stellt sich jedenfalls als ein Geschäft dar in der Güterverteilung für Gegenstände des täglichen Bedarfs, auf das die Verordnung ihrem Sinne nach angewendet sein will.

(OLG. Naumburg, 5. ZS., Urt. v. 2. März 1922.)

Mitgeteilt von JR. Karlewski, Naumburg a. d. S.

Landgerichte.

Zivilsachen.

Berlin.

1. Gültigkeit der sog. „Jeweilsklausel" in Mietverträgen.

Der Kl. stützt seinen Anspruch auf den unstreitig am 6. Okt. 1920 mit dem Bekl. abgeschlossenen Mietvertrag, wonach der Mietpreis die Friedensmiete vom 1. Juli 1914 von 3300 ℳ beträgt und hierzu die jeweiligen gesetzlichen Zuschläge treten. Die Einwendungen

---

Kaufpreises, wenn dieser höher vereinbart ist als der angegebene, auch eine höhere Gebühr und höhere Pauschale erhalten würde. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß hier ein Vermögensschaden des Notars durch die Angabe des Kaufpreises, der der Wirklichkeit nicht entspricht, verursacht wird. Ob das von dem Notar beurkundete Geschäft vom zivilrechtlichen Standpunkt aus Rechtsbestand hat, ob es eventuell angefochten und für nichtig erklärt werden kann, ist für die Gebührenfrage unerheblich, soweit nicht etwa der Notar entgegen der Bestimmung des Art. 40 ein seinem Inhalt nach mit dem Strafgesetz als im Widerspruch stehendes Geschäft oder ein offenbar ungültiges Geschäft beurkundet hat. Eine solche Beurkundung hätte er ablehnen müssen. Hat er es doch beurkundet, so kann er im Wege der Haftung auf Rückzahlung der Gebühren belangt werden. Die Ausführungen Prof. Merkels, die sich darauf stützen, daß das Kaufgeschäft unter den Parteien nichtig sei, halte ich nicht für zutreffend. Einen Vermögensschaden hat der Notar immer, wenn seine Amtstätigkeit in Anspruch genommen wird und er durch bewußt falsche Angaben der tatsächlichen Unterlagen für seine Wertsberechnung den Wert zu niedrig ansetzt und dadurch seine Gebühren verringert. Der Kausalzusammenhang zwischen diesen tatsächlichen falschen Angaben und der Vermögensbeschädigung ist hier gegeben, weil an sich der wirklich vereinbarte Preis für die Feststellung der Gebühren entscheidend sein würde (vgl. § 21 Abs. 1 GKG. in Verb. mit §§ 1, 5 NotGO.). Die Beteiligten haben gegenüber einer bewirkten amtlichen Beurkundungstätigkeit des Notars die Rechtspflicht zur Offenbarung der wahren Tatsachen, soweit es sich um Grundlagen für die Festsetzung des Wertes des Gegenstandes handelt. Denn nur auf Grund der von den Beteiligten zu offenbarenden tatsächlichen Unterlagen wird der Wert des Gegenstandes festgestellt (KGJ. 27, 15).

Vor der Aufnahme des Notariatsakts kann freilich der Notar die Beteiligten nicht zwingen, die zur Wertfestsetzung notwendigen Angaben zu machen. In einem solchen Falle kann er seine Beurkundungstätigkeit verweigern oder auf Grund ihm sonst bekannter Tatsachen den Wert festzustellen versuchen, falls er den Akt dennoch aufnehmen will. Ein privatrechtlicher Vermögensanspruch auf Angabe des wahren Wertes würde sich in diesem Stadium der Verhandlungen nicht konstruieren lassen. Anders liegt die Sache, wenn der Notar den Urkundsakt aufgenommen hat und, wie im vorliegenden Falle des Verkaufs eines Grundstücks der Wert des Gegenstandes von der Partei angegeben worden ist. In diesem Falle hat der Notar den privatrechtlichen Anspruch auf Angabe des wirklich vereinbarten Kaufpreises (§ 21 GKG.), weil sein Gebührenanspruch gesetzlich nach diesem wirklich vereinbarten Kaufpreis der Höhe nach bemessen wird. Sein persönlicher vermögensrechtlicher Anspruch gegen die Beteiligten auf die ihm durch das Gesetz gewährten Gebühren hängt immer der Höhe nach von dem Werte des Gegenstandes ab, so daß diese Angaben des richtigen Wertes ein Bestandteil seines Gebührenanspruchs ist (vgl. §§ 1, 2, 24, 23, 16 NotGO.). Ist der Kaufpreis daher absichtlich falsch angegeben, so wird der Notar in seinem vermögensrechtlichen Anspruch auf Gebühren dadurch geschädigt. Das Bewußtsein der Beeinträchtigung der Notariatsgebühren, hervorgerufen durch die zu niedrige Wertangabe, muß immer angenommen werden, weil die Notariatsgebühren auf Gesetz beruhen und nach dem Werte des Gegenstandes zu berechnen sind. Die Partei muß das Gesetz kennen. Auch wenn die Absicht der Partei nur darauf ging, Stempel und Steuern zu sparen, so mußten sie wissen, daß der Notar durch die falsche Angabe des Wertes in seinem Gebührenanspruch beeinträchtigt würde. Wollten sie diese Folge vermeiden, so hätten sie ihm ein Honorar in Höhe der wirklichen Gebühren zahlen sollen. Die Angabe eines niedrigeren Kaufpreises bereichert die betreffende Partei, weil sie dadurch Gebühren spart, und diese Bereicherungsabsicht ist stets anzunehmen in Fällen, in denen kraft Gesetzes ein Anspruch von der Angabe des Wertes abhängt.

Die Ausführungen Prof. Merkels gehen immer von der Voraussetzung des Bestehens eines Vertrages zwischen dem Notar und der Partei aus, während ein solches Vertragsverhältnis hinsichtlich der Beurkundungstätigkeit des Notars gar nicht besteht, sondern Amtsgeschäfte den Gegenstand der Tätigkeit des Notars bilden. Die Wahrheitspflicht der Parteien bezüglich des Wertes des Gegenstandes, insbesondere des wahren Kaufpreises ergibt sich aus § 2 NotGO. in Verb. mit § 21 Abs. 1 GKG. Hiernach ist die Angabe eines im Verhältnis zum wirklichen Kaufpreis niedrigeren Kaufpreises die Vorspiegelung einer falschen Tatsache, durch welche der Notar hinsichtlich der von der Partei zu erfordernden tatsächlichen Grundlage in einen Irrtum versetzt wird, zumal der Notar in der Regel den Anführungen der Beteiligten ohne weiteres nach dem Grundsatze des nobile officium Glauben zu schenken hat (Rausnitz S. 58). Von dieser Regel wird er nur dann abweichen, wenn die Angabe der Beteiligten über den Wert des Gegenstandes offenbar unrichtig ist. Der Umstand, daß derartige Betrugsfälle sich in unerhörter Weise mehren, beweist nichts dafür, daß der Notar im gegebenen Falle die Unrichtigkeit der ihm von der Partei gemachten Preisangabe gekannt hat oder sie offenbar für unrichtig halten mußte.

Die am Schlusse von Prof. Merkel ausgesprochene Ansicht, daß im vorliegenden Falle der Nachweis eines Vermögensschadens deshalb nicht geführt werden könnte, weil ein Notar nur die Gebühren erheben kann, die den Angaben des Verkäufers über den Kaufpreis, nicht aber die höheren Gebühren, die dem mündlich zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Kaufpreis entsprechen, erscheint mir gegenüber dem klaren Wortlaut des § 21 GKG., wonach bei der Berechnung des Werts einer Sache im Falle des Verkaufs derselben der vereinbarte Kaufpreis entscheidet, verfehlt. Denn der vereinbarte Kaufpreis kann nur der in Wirklichkeit vereinbarte, wenn auch höhere Kaufpreis sein. Dafür spricht Wortlaut und Sinn des § 21 das. Die Bereicherungsabsicht, d. h. die Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen in dem Bewußtsein, daß seine Erlangung rechtswidrig ist, hat derjenige, der zwecks Ersparung von Kosten und Stempel bewußt den Wert des Gegenstandes niedriger angibt, ohne weiteres. Eine Partei, die vom Notar einen Urkundsakt aufgenommen wissen will, weiß in der Regel, daß die Gebühren sich nach der Höhe des Objekts bestimmen und daß diese Gebühren durch Gesetz festgelegt sind. Die Erkundigungen des Notars bei der Partei nach dem Werte des Gegenstandes bringt derselben zum Bewußtsein, daß die Gebühren des Notars von dieser Angabe abhängen und daß eine Angabe, die den wahren Wert bzw. den wahren Kaufpreis absichtlich verbirgt, dem Notar zum Schaden gereichen muß, während die Partei durch Ersparung von Gebühren sich bereichert. Der Vorsatz des Beteiligten ist darauf gerichtet, sein Vermögen durch Zahlung niedrigerer Gebühren zu vermehren, ohne daß ihm dazu ein Recht zusteht. Diese Bereicherungsabsicht hat der Beteiligte, der bewußterweise den Wert zu niedrig angibt, denn diese unwahre Angabe macht er zwecks Ersparung von Gebühren.

Geh. JR. Dr. Oberneck, Berlin.

des Bekl. gehen dahin, daß erstens die Auslegung, die der Kl. dem Vertrage gibt, unzutreffend sei und daß zweitens, wenn sie zutreffend wäre, die betreffenden Vertragsbestimmungen gesetzlich unzulässig sei.

Was den ersten Punkt anbetrifft, so ist es unverständlich, was für einen Sinn die Vereinbarung der jeweiligen gesetzlichen Zuschläge haben sollte, wenn sie nicht für den Fall der Abänderung der Zuschlagsgrenzen gemäß § 4 Abs. 7 der VO. v. 9. Dez. 1919 gelten sollte.

Für den Fall, daß die Höchstmietengesetzgebung überhaupt auf neue Grundlagen gestellt werden würde, war im letzten Satz des Vertrages eine besondere Vereinbarung getroffen worden. Der Satz, daß zur „Friedensmiete die jeweiligen gesetzlichen Zuschläge treten", konnte sich also nur auf die nach den damaligen gesetzlichen Bestimmungen, also der VO. v. 9. Dez. 1919 zu erwartenden Abänderungsbeschlüsse des Magistrats beziehen. Als vereinbart ist demnach anzusehen, daß die künftig jeweils festgesetzten gesetzlichen Zuschläge, obwohl sie als solche nach § 4 Abs. 7 der VO. v. 9. Dez. 1919 den laufenden Vertrag nicht berühren, kraft Vertrages zur Grundlage der Mietzinsberechnung gemacht werden sollen.

Der zweite Einwand des Bekl. geht nun dahin, daß nach §§ 8 und 13 der VO. v. 9. Dez. 1919 Vereinbarungen, die unter Außerachtlassung oder Umgehung der Vorschriften dieser Anordnung abgeschlossen sind, unwirksam seien und daß es sich bei der obigen Vertragsklausel um eine solche Vereinbarung handle.

Der Einwand geht jedoch fehl, weil die streitige Vereinbarung, die sogenannte Jeweilsklausel, in Wirklichkeit nicht gegen die Vorschriften der Anordnung verstößt. Nach § 6 der VO. v. 9. Dez. 1919 bleiben die laufenden Mietverträge insoweit unberührt, als sie die von den Gemeinden festgesetzten Höchstgrenzen nicht überschreiten. Nach § 4 Abs. 7 derselben VO. werden laufende Verträge von einer Abänderung der Höchstmietenzuschläge nicht berührt und in § 1 Abs. 3 der Bek. des Magistrats v. 16. Juni 1921 befindet sich, wohl überflüssigerweise, weil diese Bek. die HöchstmietenVO. lediglich ausführt, dieselbe Bestimmung. Hiernach könnte z. B., wenn die Parteien in einem einjährigen Mietvertrag unter Vereinbarung des zur Zeit des Vertragsabschlusses geltenden 30% Zuschlages abschließen, der Vermieter keinesfalls einen höheren Zuschlag verlangen, sobald ein solcher innerhalb des Jahres zugelassen wird. Denn in diesem Falle handelt es sich um einen ein Jahr lang „laufenden" Vertrag mit 30% Zuschlag.

Im Falle der zweiten Klausel aber „läuft" der Vertrag mit der Vereinbarung, daß die in der Vertragszeit eintretenden Abänderungen des Höchstmietenzuschlages gelten sollen. Darin liegt keine Umgehung der Vorschriften der HöchstmietenVO. Übrigens besagt § 4 Abs. 7 nur, daß durch Abänderungsbeschlüsse als solche die laufenden Verträge nicht berührt werden, verbietet aber nicht, daß sich die Vertragschließenden im voraus freiwillig den künftigen Abänderungsbeschlüssen unterstellen. Soweit dieser Satz überhaupt ein Verbot enthält, richtet sich das Verbot nicht, wie in § 8 gegen die Vertragschließenden, Vermieter und Mieter, sondern ausschließlich gegen die Gemeindevorstände. Diese dürfen durch ihre Abänderungsbeschlüsse nicht in laufende Verträge entgegen dem Inhalt des Vertrages eingreifen.

Es ist auch nicht einzusehen, welches Interesse der Gesetzgeber an einem Verbot der Jeweilsklausel haben sollte.

Wenn die Parteien selbst durch Bezugnahme auf künftige behördliche Feststellungen den Vertragsinhalt wandelbar gestalten, scilicet: besteht keine Veranlassung, dies zu hintertreiben, sofern nur die Höchstgrenzen der Mietsteigerung nicht überschritten werden. Denn es soll ja niemals mehr gezahlt werden, als das Höchstmietengesetz will.

(LG. I Berlin, 8. ZK., Urt. v. 12. Jan. 1922, 23 O 466/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Fritz Strauß, Berlin.

*

2. Pflicht des Vermieters, die Zentralheizung des Hauses aufrecht zu erhalten, wenn nicht sämtliche Mieter sich für ihre Einstellung erklärt haben.†)

Das Gericht hält an dem von ihm im Urteil v. 5. Febr. 1921 — 45 S 130/20 — eingenommenen Standpunkt auch gegenüber den Ausführungen von Mittelstein, JW. 1921, 769, fest. Nach dem Mietvertrage war der Bekl. zur Lieferung der Zentralheizung verpflichtet, und zwar für das ganze Haus. Wenn nun der Bekl. bei der Erörterung des Vorschlags, die Zentralheizung durch Ofenheizung zu ersetzen, in der Lage war, den Mieter gewissermaßen zu überstimmen auf Grund der Tatsache, daß er selbst den größten Teil der Mieträume inne hatte und, für seine Person auf die Zentralheizung verzichtete, so kann dem Mieter, der an der Zentralheizung festhielt, nicht der Vorwurf des Eigensinns gemacht werden, zumal da ihm triftige Gründe, Beschädigung der seidenen Tapeten durch die Ofenheizung, größere Arbeit für die Hausangestellten u. a., zur Seite standen. Es handelt sich hier nicht darum, ob es unbillig ist, den Vermieter zu zwingen, für einen einzigen Mieter Zentralheizung zu liefern, sondern darum, ob es unbillig ist, vom Mieter den Verzicht auf die Zentralheizung zu verlangen, wenn der Vermieter in der Lage ist, den einzelnen Mieter zu majorisieren.

Vor allem kann aber von einer Anwendung der sog. clausula rebus sic stantibus hier deshalb keine Rede sein, weil der Vermieter durch Kündigung in der Lage war, sich von seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Mieter zu befreien, und das MEA. gemäß § 2 der MSchVO. den Vertrag alsdann nur unter der Bedingung zu verlängern brauchte, daß der Mieter sich mit Ofenheizung einverstanden erklärte. Hat der Gesetzgeber auf dem Gebiete des Mietrechts auf diese Weise dem Einflusse der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse durch besondere Vorschriften Rechnung getragen, so ist für die Anwendbarkeit der clausula rebus sic stantibus kein Raum.

. Die Parteien haben nun übereinstimmend erklärt, die Hauptsache sei dadurch erledigt, daß der Bekl. in sämtlichen Räumen Öfen gesetzt habe. Der Bekl. beruft sich darauf, er sei durch eine Verfügung des Kohlenamts gezwungen worden, Öfen zu setzen. Dies ist jedoch nicht richtig. Das Kohlenamt hat ihm lediglich verboten, die Zentralheizung nur für die Wohnung des Kl. in Betrieb zu setzen. Der Bekl. konnte also diesem Verbot ausweichen, indem er seinen Vertragspflichten nachkam und die Zentralheizung für das ganze Haus in Betrieb setzte. Nachdem nun der Bekl. überall Öfen gesetzt und der Kl. sich damit begnügt und die Hauptsache für erledigt erklärt hat, ist die Anschauung abwegig, als ob sich die Hauptsache durch einn vom Willen der Parteien unabhängiges Ereignis oder gar durch eine Abänderung der Gesetzgebung erledigt hätte. Die Hauptsache hat sich vielmehr durch eine nachträgliche Einigung erledigt, auf die der Bekl. keinen Rechtsanspruch hatte, da er zur Lieferung der Zentralheizung verpflichtet war.

Die Berufung war demgemäß mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

(LG. III Berlin, 30. ZK., Urt. v. 18. Jan. 1922, 45 S 557/21.)

Mitgeteilt von JR. Alphons Loewe, Spandau.

Zu 2. Eine Frage der vorliegenden Art kann stets nur nach den besonderen Umständen des Falles vom Tatrichter sachgemäß entschieden werden. Die von mir JW. 1921, 796 geltend gemachten allgemeinen Gesichtspunkte halte ich aber aufrecht und fühle mich dadurch bestärkt, daß im vorliegenden Falle, nachdem überall vom Grundeigentümer Öfen gesetzt waren, der letzte Mieter auch auf die Zentralheizung verzichtet hat. Ich habe das frühere Urteil des LG. dahin gelesen, daß alle anderen Mieter auf Zentralheizung verzichtet hatten, eine Majorisierung ist natürlich nicht entscheidend. Dem Hinweis auf die Hilfe des MEA. steht das Bedenken entgegen, daß der Fall des § 2 MSchVO. meist nicht gegeben ist, sondern der § 6, und daß die Kündigung ein scharfes Mittel ist, das vielleicht nicht im Interesse beider Parteien lag.

OLGPräs. Prof. Dr. Mittelstein, Hamburg.

*

3. 1. Die völlige Abwälzung der Erhaltung der Mietsache vom Vermieter kann nur als vereinbart gelten, wenn wirklich ein dahingehender Wille der Parteien ausdrücklich erklärt ist; lediglich die Ausfüllung eines formularmäßigen Vertrages reicht in dieser Beziehung nicht aus.

2. Der Schadensersatzpflichtige muß sich seiner Verpflichtung so billig entledigen können, als es mit den berechtigten Interessen des Gläubigers und der jeweiligen Verkehrsanschauung irgend vereinbar ist.

Der Kl. beansprucht auf Grund des Mietvertrages von den Bekl. Schadensersatz in Gestalt der Einsetzung einer neuen ungeteilten Schaufensterscheibe an Stelle der vier bereits eingesetzten Teilstücke. Die Zertrümmerung der Scheibe ist von der Straße her durch dritte Hand erfolgt. Die Klage ist unbegründet! — Nach der gesetzlichen Regelung des Mietverhältnisses hat der Mieter nur für eine durch sein Verschulden entstehende Beschädigung der Mietsache Ersatz zu leisten, nicht jedoch für Veränderungen oder Verschlechterungen einzustehen, die durch Zufall eintreten oder durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden. Die Gefahr der Abnutzung und der zufälligen Beschädigung der Mietsache trägt demnach nach dem Gesetz regelmäßig der Vermieter. Eine Änderung dieser gesetzlichen Regelung der Gefahrtragung durch besondere Vereinbarung zwischen Vermieter und Mieter ist zwar zulässig. Während jedoch die Übernahme des Ersatzes der durch den Mietgebrauch herbeigeführten Abnutzung der Mietsache seitens des Mieters vielfach üblich ist und zu keinerlei Bedenken Anlaß gibt, würde die Übernahme jedes durch Zufall der Mietsache erwachsenden Schadens eine völlige Abwälzung der Erhaltung der Sache seitens des Eigentümers und Vermieters auf die Schultern des Mieters bedeuten. Eine Vereinbarung in diesem Sinne verstößt zwar weder gegen die guten Sitten noch gegen ein gesetzliches Verbot; sie ist aber vom wirtschaftlichen Standpunkte aus an sich derart sinnwidrig und schwerwiegend, daß sie nur als getroffen gelten kann, wenn wirklich ein dahingehender Wille der Parteien als erklärt anzunehmen ist. Dies ist nur dann der Fall, sofern besondere Umstände vorliegen, die den Schluß rechtfertigen, daß der Mieter bewußt eine so weitgehende Last zugunsten des Vermieters übernehmen wollte.

Derartige besondere Umstände hat der Kl. nicht vorgetragen; der Wortlaut des Mietvertrages ist für sich allein in dieser Beziehung

nicht ausreichend. Dabei ist vor allem auch zu berücksichtigen, daß es sich um die Bestimmung eines formularmäßigen Mietvertrages handelt, dessen Fassung die Parteien nicht selbst gewählt haben. Diese Bestimmung des Mietvertrages kann daher bei verständiger Würdigung nur so verstanden und ausgelegt werden, daß die Bekl. auch ohne ihr Verschulden insoweit haften sollten und wollten, als innerhalb ihrer Einflußsphäre zufällige Ereignisse und dritte Personen den Mieträumen oder ihren Teilen Schaden zufügen. Nicht dagegen kann aus der erwähnten Bestimmung des Mietvertrages eine Erstreckung der Schadenshaftung der Bekl. auch auf alle diejenigen von außen kommenden Einwirkungen entnommen werden, die zu verhindern oder abzuschwächen ein Mieter gar nicht in der Lage ist.

Demnach sind die Bekl. nach dem gesetzlichen Haftungsmaßstab des § 276 BGB. nur dann ersatzpflichtig, falls ihnen Fahrlässigkeit zur Last fiele.

Die Richtigkeit und Schlüssigkeit der in dieser Beziehung vorgetragenen Tatsachen kann jedoch dahingestellt bleiben. Denn die Bekl. haben ihre etwa hieraus entspringende Verpflichtung zum Schadensersatz erfüllt, so daß der Klageanspruch auf jeden Fall entfällt.

Unstreitig sind seitens der Bekl. an Stelle der eingeschlagenen ganzen Fensterscheibe vier horizontal verlaufende Stücke eingesetzt worden. Wenn der Kl. darüber hinaus Einsetzung einer ungeteilten Scheibe fordert und die bereits erfolgte Herstellung nicht als ausreichende Ersatzleistung anerkennen will, so stellt er damit an die Bekl. ein Verlangen, zu dessen Erfüllung sie nicht verpflichtet sind.

Wenn auch an sich der Schadensersatzpflichtige nach § 249 BGB. den Zustand herzustellen hat, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, so ist die Bewirkung dieser Ersatzleistung doch ebenso wie die Leistungsbewirkung bei allen übrigen Schuldverbindlichkeiten nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bestimmen. Danach muß es dem Schadensersatzpflichtigen unbedingt zugebilligt werden, sich seiner Verpflichtung so billig zu entledigen, als es mit den berechtigten Interessen des Gläubigers und mit der unter den jeweils obwaltenden Zeitumständen herrschenden Verkehrsanschauung irgend vereinbar ist.

Nun werden in der Großstadt heutzutage Hunderte von Schaufensterscheiben nicht anders als durch Einsetzung von Stücken wiederhergestellt, und jeder Hauswirt nimmt passende Stücke zur Wiederherstellung der Scheiben, falls er ihren Ersatz selbst zu tragen hat. Auch wird der Hauptzweck eines Fensters, Schutz der Innenräume gegen äußere Witterungseinflüsse, durch Einsetzung von passenden Teilstücken voll erreicht. Schönheitsfehler — die im übrigen bei Schaufensterscheiben in erster Linie den Ladeninhaber treffen — können demgegenüber nur dann in Betracht kommen, wenn ein besonderes Interesse des Schadensersatzpflichtigen vorliegt.

(LG. II Berlin, 2 O 66/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Engel, Berlin-Schöneberg.

*

4. Die von dem Mieter übernommene Verpflichtung zur Reinigung des Hofs und des Bürgersteiges hat als Teil des Mietzinses zu gelten.†)

Durch das angefochtene Urteil sind die Bekl. zur wöchentlichen Reinigung des Hofes und des Bürgersteiges in dem von ihnen als Mieter bewohnten Hause verurteilt worden. Ihrer Berufung gegen diese Entscheidung war stattzugeben. Es kann dabei hingestellt bleiben, ob die von ihnen gegenüber der Begründung des angefochtenen Urteils aufrechterhaltene Einwendung zutrifft, daß der Kl. auf die Vornahme der Reinigung durch sie verzichtet habe. Denn die Bekl. haben zur Begründung ihrer Berufung weiter eingewendet, daß sie für die von ihnen innegehabte Wohnung bereits an barem Mietzins die gesetzliche Höchstmiete zahlen, und diese Einwendung ist nach den von ihnen angegebenen Zahlen richtig. Der Kl. hat sie auch nicht bestritten, sondern lediglich geltend gemacht, es komme darauf nicht an. Diese Rechtsansicht des Kl. ist jedoch irrig. Da auch nach seiner eigenen Darstellung eine unentgeltliche Übernahme der von ihnen verlangten Reinigung durch die Bekl. nicht in Frage kommt, so stellt sich die Verpflichtung der Bekl. als weitere Leistung neben der Zahlung des Mietzinses für die Gewährung der Mieträume dar. Wenn deshalb die Bekl. bereits an barem Mietzins den Betrag der Höchstmiete zahlen, so ist die Vereinbarung ihrer Verpflichtung zur Reinigung gemäß § 8 Abs. 2 HMVO. nichtig.

(LG. III Berlin, 30. ZK., Urt. v. 22. März 1922, 45 S 812/21.)

Mitgeteilt von JR. Alphons Löwe, Spandau.

Zu 4. Die Entscheidung kann nicht für zutreffend erachtet werden. Allerdings gehört die Reinigung des Hofes und Bürgersteiges zu den Pflichten des Vermieters nach § 536 BGB. Da die Vorschrift aber dem nachgiebigen Recht angehört, kann der Mieter diese Verpflichtung dem Vermieter vertraglich abnehmen. Hat er es getan, so ist dies eine geldwerte Leistung, die nach § 8 Abs. 2 HMVO. als Teil des Mietzinses zu gelten hat.

Daraus folgt aber nicht, daß der Mieter durch Zahlung der Höchstmiete in barem Gelde von seiner Verpflichtung frei wird. Vielmehr ist die geldwerte Leistung nur bei Berechnung der Höchstmiete zu berücksichtigen. Dies geschieht in der Weise, daß das MEA. den Wert der Reinigungsverpflichtung festzusetzen, der sonst vereinbarten baren Miete hinzuzurechnen und dann zu beurteilen hat, ob diese Gesamtmiete die Höchstmiete überschreitet. Soweit dies der Fall ist, kann der Mieter den Mehrbetrag von der bar zu zahlenden Miete kürzen und, wenn er schon die volle Höchstmiete in bar gezahlt hat, gegebenenfalls zurückfordern (§§ 6, 8 Abs. 1 HMVO.). Der Anspruch des Vermieters auf Erfüllung der vom Mieter vertraglich übernommenen Verpflichtung darf aber nicht abgewiesen werden, weil der Mieter die Höchstmiete in bar gezahlt hat.

Anders wird der Fall nach dem künftigen RMietG. zu beurteilen sein. Denn dort ist im § 20 bestimmt, daß jede vom Mieter übernommene, ihm nach dem BGB. nicht obliegende Verpflichtung erlischt, sofern sie auf die Festsetzung der Höhe des Mietzinses offenbar von Einfluß war. Voraussetzung ist indessen, daß die gesetzliche Miete an Stelle des vereinbarten Mietzinses gezahlt wird.

RA. Dr. Julius Nußbaum, Berlin.

*

5. Parteivereinbarungen über eine andere, von der Friedensmiete abweichende Miete sind nach § 8 Absatz 3 HMA. unwirksam.

Die Bekl. haben mit dem Kl. im Januar und Februar 1921 vereinbart, daß sie dem Kl. für ihre Mietwohnungen eine höhere als die am 1. Juli 1914 geltende Grundmiete zahlen sollten und daß auch auf dieser erhöhten Grundmiete jeweils die gesetzlich erlaubten Zuschläge aufgebaut werden sollten.

Auf Grund dieser Vereinbarung verlangt der Kl. von den Bekl. die sich hiernach ergebenden Differenzzuschläge.

Die Bekl. stellen in Abrede, daß solche Vereinbarung nach der HMVO. für sie verbindlich sei. Durch das Urteil des AG. ist der Kl. mit der Klage abgewiesen worden.

Der Berufung war der Erfolg zu versagen.

Den durchaus zutreffenden Gründen des ersten Richters, wonach gemäß § 8 Abs. 3 HMVO. Vereinbarungen, wie die zwischen den Parteien getroffenen, unwirksam sind, kann nur beigepflichtet werden. Diese Bestimmung der HMVO. ist zwingendes Recht und schaltet danach jede Parteivereinbarung aus. Was den vom Kl. vorgelegten Vergleich vor dem MEA. v. 1. März 1922 betrifft, so hat dieser Vergleich auf die bereits fällig gewordenen Beträge aus dem Jahre 1921 keinen Einfluß.

(LG. II Berlin, 4/9 S 250/22.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Engel, Berlin-Schöneberg.

*

6. § 6 HöchstMVO. v. 9. Dez. 1919 gilt auch für sog. Komforthäuser (Häuser mit Sammelheizung oder Warmwasserversorgung), da durch die im § 7 HöchstMVO. erfolgte Anführung des § 2 HöchstMVO. ohne weiteres auch auf § 6 HöchstMVO. mitverwiesen ist. Die Beschlüsse der MEA. sind nicht allgemein unanfechtbar, sondern nur soweit sie sich im Rahmen ihrer Zuständigkeit halten.†)

Der Kl. beansprucht für das Jahr 1920 einen Zuschlag über den von der Bekl. gezahlten vertraglichen Mietzins hinaus, weil die geforderten Zuschläge durch den Beschluß des MEA. Berlin-Schöneberg v. 12. April 1921 ihm zugebilligt sind.

Zu Unrecht nimmt der Kl. an, daß § 6 HMVO. bei Häusern mit Sammelheizung keine Anwendung findet, weil § 6 in dem von den Sammelheizungshäusern handelnden § 7 nicht zitiert ist. Dies war bei der allgemeinen Stellung des § 6 nicht notwendig. Zunächst ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der VO. nicht, daß die Häuser mit Sammelheizung bezüglich der Mieten anders gestellt werden sollten als die gewöhnlichen Häuser; denn das besondere Interesse der Vermieter von Sammelheizungshäusern ist durch die Abtrennung der Miete von den Heizungskosten und die Abwälzung der Heizungskosten auf die Mieter ausreichend gewahrt.

Im übrigen gibt auch die von der HMVO. selbst angegebene Rechtsgrundlage für eine solche Bestimmung, wie sie der Kl. durch § 7 HMVO. als getroffen erachtet, keine Grundlage. Die automatische Steigerung der reinen Wohnmiete wäre eine Belastung der Mieter, die auf Grund des § 5a MSchVO. v. 23. Sept. 1918/

Zu 6. Dem Urteil ist überall beizutreten. In laufende Verträge darf das MEA. nur auf Grund besonderer gesetzlicher Befugung eingreifen, insbesondere darf das MEA. den Mietzins für einen laufenden Mietvertrag nicht erhöhen, wie dies noch kürzlich vom LG. Lübeck (wird in JW. abgedruckt) und vom HansOLG. 5. ZS., Urteil v. 21. Nov. 1921 Bf V 248/1921 ausgesprochen ist. Gegenüber der ausdrücklichen Bestimmung der preuß. HMVO. § 6 Abs. 1 hätte es kaum einer so eingehenden Bekämpfung der gegenteiligen Stellungnahme des MEA. Schöneberg bedurft. Daß das LG. Berlin einen Spruch des MEA., der die ihm gesetzten Grenzen überschreitet, für rechtsunwirksam erklärt und der gegenteiligen Feststellungsklage stattgibt, entspricht der unbestritten herrschenden Rechtsanschauung, deren strenge Beachtung nötig ist, um Fehlsprüchen eines MEA. begegnen zu können.

OLGPräs. Prof. Dr. Mittelstein, Hamburg.

22. Juni 1919 überhaupt nicht von der Landesregierung hätte getroffen werden können. Die HMVO. konnte, wollte und sollte nach Zweck und Rechtsgrundlage nur zum Schutz der Mieter ergehen.

Aus welchem Grunde § 7 HMVO. anordnen sollte, daß bei der Trennung der Heizungskosten die Steigerung der Reinmiete bis zur äußersten erlaubten Grenze, ungeachtet eines etwa noch auf gewisse Zeit laufenden Vertrages mit geringerer Miete zulässig sein sollte, ist nicht ersichtlich.

Der Ansicht des Kl. widerspricht weiter der Ausführungserlaß des Volkswohlfahrtsministers, der den Vermietern lediglich wegen der Heizungskosten eine Erleichterung schaffen wollte. Auch die Fassung des § 7 HMVO. spricht gegen den Kl. Der im § 7 zitierte § 2 HMVO. gibt lediglich die Begriffsbestimmungen der „Höchstgrenze“ und eine Anleitung zur Festsetzung und Ermittlung dieser Höchstgrenze. Wann und wie diese Höchstgrenze wirkt, ist nur aus den §§ 6 und 8 HMVO. zu ersehen, die das Anwendungsgebiet der Höchstgrenze umschreiben.

Wenn im § 7 HMVO. § 2 HMVO. zitiert ist, so ist damit logischerweise auch auf §§ 6 und 8 HMVO. Bezug genommen; eine Bezugnahme auf das neu geschaffene Rechtsinstitut der „Höchstgrenze“ schließt von selbst die Bezugnahme auf die Bestimmungen über deren Anwendung und Wirkung in sich, da es sonst ganz inhaltslos wäre. Auf § 6 ist daher mit der Zitierung von § 2 HMVO. ohne weiteres mitverwiesen.

Etwas Gegenteiliges ist auch im Abs. 4 § 7 HMVO. nicht bestimmt. Hier wird überhaupt nicht von einer Zahlungspflicht des Mieters gesprochen. Die ersten drei Absätze des § 7 besagen nur, wann eine Trennung von Reinmiete und Heizungskosten durch die Einigungsämter vorgenommen werden soll; Abs. 4 bestimmt alsdann die Art und Weise dieser Abtrennung. Die VO. sagt nicht, daß die Höchstmiete auch bei laufenden Verträgen ohne weiteres zu zahlen ist, wenn die Trennung der Reinmiete von den Heizungskosten vorgenommen und die Reinmiete ermittelt ist. § 7 Abs. 4 wendet sich überhaupt nur an das MEA. und gibt diesem eine Anweisung zur Errechnung der Friedensgrundmiete; nur zur Ermittlung von Grundmiete und Höchstreinmiete soll § 7 Abs. 4 anleiten. Hat man aber die Höchstmiete auf dieser Grundlage errechnet und vergleicht man sie alsdann mit der vertraglichen Miete, dann erst ergibt sich, was der Mieter jeweilig zu zahlen hat: die Vertragsmiete oder die Höchstmiete, je nachdem, welche die geringere ist. Ob im einzelnen Falle die höchstzulässige Miete zu zahlen ist, hängt einzig und allein davon ab, ob noch ein Vertrag zu geringerem Mietzins auf gewisse Zeit läuft oder nicht.

Die Festsetzung der Zuschläge bedeutet niemals eine Anordnung von Mietsteigerungen, sondern immer nur eine Schranke, bis zu der Mietsteigerungen überhaupt zulässig sind. Daß Mietsteigerungen bei laufenden Verträgen unzulässig sind, folgt schon aus den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, und ist hier zudem noch im § 6 HMVO. besonders ausgesprochen. Zur Bestätigung dieser Rechtsansicht ist schließlich noch die Analogie aus § 3 HMVO. heranzuziehen. Danach können Zuschläge auf die neue festgesetzte Friedensmiete unstreitig nicht schon bei laufenden Verträgen gefordert werden. § 3 Abs. 3 besagt ausdrücklich, die vom Amt festgesetzte Friedensmiete ist den Zuschlägen nach § 2 fortan zugrunde zu legen. Weder aus § 7 Abs. 4 noch aus § 3 Abs. 3 ergibt sich, daß nach der betreffenden Festsetzung des MEA. ein laufender Mietvertrag der Vorschrift des § 6 zuwider nicht mehr geschützt wird. Vielmehr ist unbestritten, daß die §§ 6 und 8 HMVO. auch auf solche Wohnungen Anwendung finden, bei denen eine Neufestsetzung der Friedensmiete gemäß § 3 wegen der Unangemessenheit der Friedensmiete zu erfolgen hat. Dies muß auch für den analogen Fall des § 7 HMVO. für diejenigen Wohnungen gelten, bei denen die Friedensmiete gleichfalls vom Amt festgesetzt ist, weil die Trennung der Heizungskosten dies erforderlich machte.

Nach § 7 MSchVO. sind zwar die Entscheidungen der MEA. unanfechtbar. Diese Unanfechtbarkeit erstreckt sich aber immer nur auf solche Entscheidungen, die im Rahmen der Befugnisse der MEA. liegen, für die also überhaupt die MEA. zuständig sind. Eine schrankenlose Unüberprüfbarkeit der Entscheidungen der MEA. sollte damit nicht geschaffen werden. Die Befugnisse des Einigungsamtes, als einer besonderen Behörde, sind im einzelnen und ausdrücklich festgesetzt, und das MEA. vermag seine Zuständigkeit von selbst nicht zu erweitern. Die Nov. v. 11. Mai 1920 hat deshalb ausdrücklich im § 7 die Worte eingefügt „im Rahmen der getroffenen Anordnungen“. Außerhalb dieses Rahmens ergangene Beschlüsse des MEA. sind deshalb für die Gerichte nicht bindend und damit der Nachprüfung unterworfen.

Im vorliegenden Falle hat das MEA. Berlin-Schöneberg im laufenden Vertrag die Miete auf den Höchstsatz gebracht und dabei eine Befugnis ausgeübt, die ihm nicht zustand; es hat also die ihm durch die MSchVO. gezogene Grenze nicht innegehalten. Sein Beschluß übertrat den Rahmen der getroffenen Anordnungen, weil keine gesetzliche Bestimmung nachweisbar ist, die dem MEA. gestattet, bei laufenden Verträgen den Mietzins über den vereinbarten Preis hinaus zu erhöhen. Nur für Reparaturen können nach § 10 und für Heizungskosten nach § 7 HMVO. besondere Entgelte festgesetzt werden. Eine Erhöhung der reinen Miete ist indes durch § 6 HMVO. ausdrücklich ausgeschlossen. Selbst die Heizungsschiedstellen konnten nach der SammelheizungsVO. v. 22. Juni 1919 keine Heraufsetzung der reinen Wohnmiete vornehmen, vielmehr nur die gesteigerten Heizungskosten zwischen Vermieter und Mieter verteilen.

Nicht ausgeführt zu werden braucht, daß das MEA. die Rückwirkung seines Beschlusses auf keinen Fall hätte anordnen dürfen. Nicht einmal bezüglich der Heizungskosten konnte die Heizungsschiedstelle eine rückwirkende Entscheidung treffen.

(LG. II Berlin, Urt. v. 8. Okt. 1921, 37 O 583/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. S. Engel, Berlin-Schöneberg.

*

7. Vollstreckbare Ausfertigung von Vergleichen vor dem MEA.†)

Im Vergleiche vom 11. Febr. 1921 hat sich der Schuldner vor dem MEA. Velten verpflichtet, seine Wohnung unverzüglich zu räumen, sobald ihm eine andere passende Wohnung möglichst aus 2 Stuben und Küche nachgewiesen wird. Auf Antrag der Gläubigerin hat das AG. die Erteilung der Vollstreckungsklausel genehmigt. Der Schuldner hat Einwendung aus § 732 ZPO. erhoben. Diese ist durch den angefochtenen Beschluß zurückgewiesen worden. Gegen diesen hat der Schuldner rechtzeitig Beschwerde eingelegt.

Nach § 13 Abs. 2 der Anordnung für das Verfahren vor den MEA v. 23. Sept. 1918 ist im Falle des § 726 Abs. 1 ZPO. die vollstreckbare Ausfertigung eines vor dem MEA. geschlossenen Vergleichs nur auf Anordnung des AG. zu erteien. Der Schuldner bestimmt die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel und macht geltend, daß die Bescheinigung des Wohnungsamtes Velten v. 21. April 1921, wonach die ihm zugewiesene Wohnung passend sei, nicht eine Tatsache, sondern ein Urteil enthalte und deshalb nicht als öffentliche Urkunde i. S. des § 726 Abs. 1 ZPO. anzusehen sei.

Es ist dem Schuldner darin beizustimmen, daß eine Erklärung darüber, ob eine Wohnung eine passende sei, ein Urteil enthält. Dies führt aber dazu, das Vorliegen des § 726 Abs. 1 ZPO. bei dem hier in Frage stehenden Vergleiche zu verneinen. Denn hiernach hängt die Verpflichtung des Schuldners zur Räumung nicht lediglich von dem Eintritt einer Tatsache, sondern davon ab, ob dem Schuldner eine andere Wohnung nachgewiesen und ob diese für ihn passend ist. Letzteres kann durch die von der Gläubigerin vorgelegte Urkunde und überhaupt durch eine öffentliche Urkunde nicht geführt werden. Vielmehr muß es der Gläubigerin überlassen bleiben, aus dem Vergleiche gegen den Schuldner auf Räumung zu klagen. Da ein Fall des § 726 Abs. 1 ZPO. nicht vorliegt, ist die Erteilung der Vollstreckungsklausel unzulässig.

(LG. III Berlin, Beschl. v. 20. Dez. 1921, 4 T 1353/21.)

Mitgeteilt von JR. Alphons Loewe, Spandau.

*

Breslau.

8. Zur regelmäßigen Kündigung des Dienstvertrags oder zur Kündigung wegen Mißbrauchs der Wohnung bedarf der Hauswirt auch gegenüber dem Hausmeister der Zustimmung des MEA. Zur Kündigung wegen eines im Dienstverhältnis liegenden wichtigen Grundes ist diese Zustimmung nicht erforderlich.†)

Die Übernahme der Hausmeisterdienste kann durch einen Mieter in der Weise erfolgen, daß ein reiner Dienstvertrag neben dem Mietsvertrag, unabhängig von diesem, geschlossen wird. Das ist hier nicht der Fall, vielmehr ist durch das Abkommen v. 1. Juli 1919 der frühere Mietvertrag durch einen Hausmeistervertrag er-

---

Zu 7. Der Mieter hatte sich durch Vergleich vor dem MEA. zur Räumung seiner Wohnung verpflichtet, sobald ihm eine andere passende Wohnung nachgewiesen würde. Bei Abfassung des Vergleichs hätte das MEA. darauf hinwirken müssen, daß eine Bestimmung aufgenommen wird, wer darüber entscheiden soll, ob die nachzuweisende Wohnung für den Mieter passend ist (z. B. das MEA.). Da dies nicht geschehen ist, ist als Vertragswille anzunehmen, daß der Mieter nach billigem Ermessen die Bestimmung zu treffen hat, daß aber der Vermieter, wenn die Bestimmung der Billigkeit nicht entspricht, sie durch richterliches Urteil herbeiführen kann (RG. 64, 116). Dagegen ist die Entsch. des Wohnungsamts für die Parteien nicht verbindlich und die vom Wohnungsamt ausgestellte Bescheinigung nicht geeignet, den nach § 726 Abs. 1 ZPO. erforderlichen Beweis zu erbringen.

Dieser Beweis kann mangels einer Abrede, wer bei Meinungsverschiedenheit der Parteien die Bestimmung zu treffen hat, überhaupt nicht durch eine Urkunde geführt werden, es sei denn, daß erst durch ein richterliches Urteil festgestellt würde, daß die nachgewiesene Wohnung passend ist. Deshalb kann der Vermieter auch nicht nach § 731 ZPO. auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage erheben, sondern ist darauf beschränkt, auf Räumung zu klagen.

RA. Dr. Julius Nußbaum, Berlin.

Zu 8. Wenn neben dem Hausmeistervertrag noch ein besonderer Mietvertrag geschlossen ist, wie dies früher vielfach formularmäßig geschah, kann allerdings die Frage auftauchen, ob durch die Beendigung des Hausmeistervertrages auch der Mietvertrag beendet wird und die nach der MSchVO. dem Mieter

setzt worden. Es fragt sich, ob dieser ohne Zustimmung des Einigungsamts wirksam gekündigt werden kann.

Der Hausmeistervertrag ist als gegenseitiger Vertrag darauf gerichtet, daß der Hausmeister dem Wirt Dienste leiste und dieser ihm dafür den Gebrauch der Wohnung überlasse. Der Umstand, daß auf der einen oder der anderen Seite noch eine geringe Zahlungsverpflichtung festgesetzt wird, ändert am Wesen des Vertrages nichts. Wie bei jedem gegenseitigen Vertrag sind die Leistungen voneinander abhängig. Fällt die Dienstverpflichtung weg, so endet auch die Pflicht zur Überlassung der Wohnung. Irgendeinen Anhalt dafür, daß beim Wegfall der Dienste die Verpflichtung zur Überlassung der Wohnung — etwa gegen Zahlung eines angemessenen Mietzinses — fortbestehe, gewährt der Vertrag nicht.

Die Natur des Hausmeistervertrages ist streitig. In den meisten der bisher veröffentlichten Entscheidungen wird er als Dienstvertrag behandelt, weil die Leistung der Dienste das wirtschaftlich Wesentliche sei, weil der Vertragswille der Parteien in erster Linie sich auf Begründung des Dienstverhältnisses richte und weil die Überlassung der Wohnung nur als vereinbartes Entgelt für die Dienste — als eine besondere Art der Vergütung — angesehen werden könne. Gegen diese Ansicht wird geltend gemacht, daß bei dem heutigen Wohnungsmangel die wirtschaftliche Bedeutung der Wohnungsüberlassung völlig in den Vordergrund trete, daher die hierauf gerichtete Verpflichtung als das Hauptmerkmal des Vertrages anzusehen sei und deshalb der Vertrag als Wohnungsmiete behandelt werden müsse; die Leistung der Dienste erscheine als eine durch besondere Verabredung abweichend gestaltete Art des Mietzinses.

Eine Entscheidung dieser Frage läßt sich im Wege der Auslegung des Parteiwillens nicht finden. Die Parteien sind sich beim Vertragsschluß darüber einig, daß die Wohnungsüberlassung gegen Leistung der Dienste stattfinden soll, und haben meist gar keine Veranlassung sich darüber klar zu werden, ob sie damit einen Dienst- oder einen Mietvertrag abschließen. Das wirtschaftlich Wichtigere ist für den Hauswirt die Leistung der Dienste, für den Hausmeister die Überlassung der Wohnung. Von einem Dissens kann trotzdem keine Rede sein; die Vertragserklärungen decken sich. Bei jedem gegenseitigen Vertrag wird jeder Vertragspartei die ihr gebührende Leistung als die wichtigere erscheinen.

Tatsächlich fällt der Vertrag seinem ganzen Inhalte nach unter zwei verschiedene Vertragstypen, unter Dienstvertrag, weil er auf entgeltliche Leistung von Diensten gerichtet ist, unter Miete, weil entgeltliche Gebrauchsgewährung versprochen wird. Er ist ein doppeltypischer oder Zwittervertrag (vgl. Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I 2 1915 § 323 III bei Note 16). Grundsätzlich sind die Regeln der einen wie der anderen Vertragstype unmittelbar anzuwenden; wo sie miteinander in Widerspruch treten, muß man aus dem gesetzgeberischen Grunde einer jeden ermitteln, welche von beiden dem Zwittervertrag besser gerecht wird.

Hiernach muß auf den Hausmeistervertrag grundsätzlich das Kündigungsrecht der Miete angewendet werden. Denn da mit der Beendigung des Vertrages stets die Verpflichtung zur Räumung der Wohnung entsteht, werden die Grundsätze für die regelmäßige Beendigung des Dienstvertrages, insbesondere § 623 BGB. der Sachlage weniger gerecht, als das in den §§ 565, 580 BGB. niedergelegte Kündigungsrecht der Miete. In Fällen, in denen schlechthin Wohnungsüberlassung gegen Dienstleistung ohne Bestimmung einer Kündigungsfrist vereinbart ist, würde es beispielsweise grob unbillig sein, dem Hauswirt das jederzeitige Kündigungsrecht nach § 623 BGB. zu geben. Andererseits wird im allgemeinen in der durch die Ausschließung der Dienstvertragsgrundsätze bedingten Verlängerung des Vertrages eine Unbilligkeit gegen den Hauswirt so lange nicht liegen, so lange er es mit einer vertragstreuen Gegenpartei zu tun hat.

Anders liegt die Sache aber, wenn der Hausmeister seine Dienstverpflichtung verletzt, insbesondere die Arbeit böswillig einstellt oder seine Pflichten grob vernachlässigt. Der Dienstberechtigte hat infolge der Bestimmung des § 888 Abs. 2 ZPO. nicht die Möglichkeit die Leistung der Dienste zu erzwingen; dafür ist ihm das fristlose Kündigungsrecht wegen wichtigen Grundes gegeben. Da auch beim Hausmeistervertrag eine Erzwingung der Dienste im Wege der Zwangsvollstreckung unmöglich ist, muß der Hauswirt folgerecht in die Lage gesetzt werden, sich durch fristlose Kündigung wegen wichtigen Grundes von seiner Gegenleistung zu befreien.

Also muß das fristlose Kündigungsrecht des Dienstvertrages (§ 626 BGB.) auf den als Zwittervertrag anzusehenden Hausmeistervertrag Anwendung finden (Enneccerus a. a. O. Anm. 18).

Nur soweit Mietrecht zur Anwendung kommt, steht dem Hausmeister der Mieterschutz zur Seite, nicht aber insoweit die Auflösung des Vertrages nach Dienstvertragsgrundsätzen geschieht. Also bedarf der Hauswirt zur regelmäßigen Kündigung oder zu einer Kündigung wegen Mißbrauchs der Wohnung (§ 553 BGB.) auch gegen den Hausmeister der Zustimmung des Einigungsamts zur Kündigung, wegen eines im Dienstverhältnis liegenden wichtigen Grundes aber nicht.

Dieses Ergebnis wird den Rechtsbeziehungen zwischen Hausmeister und Hauswirt besser gerecht, als die Annahme eines reinen Dienstvertrages. Denn es müßte als große Unbilligkeit erscheinen, wenn der vertragstreue Hausmeister schlechter stehen sollte als jeder andere Mieter und bei der jetzigen Wohnungsnot der Willkür eines rücksichtslosen Hauswirts schutzlos preisgegeben wäre.

Auf der anderen Seite führt die Annahme eines reinen Mietvertrages dazu, daß ein nachlässiger oder böswilliger Hausmeister leicht geneigt sein wird — auf den Mieterschutz pochend — die Erfüllung seiner Vertragspflichten zu verabsäumen, und daß es dem Wirt erschwert oder unmöglich gemacht wird, rechtzeitig Abhilfe zu schaffen. Hiergegen greift die Erwägung, daß auch das Einigungsamt in solchen Fällen stets die Zustimmung zur Kündigung erteilen wird, nicht durch. Denn für die rein auf Billigkeitserwägungen beruhende Würdigung wird die schwere Notlage des bei dem heutigen Wohnungsmangel aus seiner Wohnung Hinauszusetzenden naturgemäß stark in den Vordergrund treten. Daneben können die wichtigen Gründe für die Auflösung des Dienstverhältnisses, die nach dem Gesetz die Vertragsauflösung schon allein rechtfertigen, nur als einer von vielen Billigkeitsgründen wirken. Zum mindesten wird die Anstellung des Räumungsprozesses für den Hauswirt verzögert, und das ist in Fällen grober Pflichtverletzung, insbesondere im Falle der Arbeitseinstellung des Hausmeisters um so weniger zu rechtfertigen, als hierdurch für das Haus und seine Bewohner große Nachteile entstehen können.

Der Einwand, daß die verschiedene Behandlung der Kündigung aus § 626 BGB. und anderer Kündigungen zu einer Unsicherheit im Verfahren führen würde, ist nicht begründet. Wendet sich der Hauswirt zunächst an das MEA. und erteilt ihm dies die Zustimmung zur Kündigung, so steht er für den anzustellenden Räumungsprozeß günstiger. Die Zustimmung des MEA. zur fristlosen Kündigung muß nämlich immer dahin ausgelegt werden, daß evtl. auch die Zustimmung zur fristgerechten Kündigung erteilt werde. Denn es lassen sich keine Billigkeitsgründe denken, die zwar die sofortige Hinaussetzung des Hausmeisters, nicht aber seine Hinaussetzung zu einem späteren Zeitpunkte rechtfertigen würden. Kommt also das Gericht bei der ihm in jedem Falle obliegenden Feststellung, ob die Voraussetzungen des § 626 BGB. gegeben sind, zu einer dem Hauswirt ungünstigen Entscheidung, so wird dieser auf Grund des nicht nachzuprüfenden Spruchs des MEA. jedenfalls die Räumung nach Fristablauf durchsetzen können. Holt er dagegen die Zustimmung des MEA. nicht ein, so ist er vor Gericht darauf beschränkt, seine Kündigung auf § 626 BGB. zu stützen. Das gleiche gilt, wenn das MEA. die Zustimmung zur Kündigung versagt hat. Denn eine fristgerechte Kündigung ist dann mangels Zustimmung des Amts unwirksam. Insoweit aber die Zustimmung zur Kündigung wegen wichtigen Grundes aus § 626 BGB. versagt ist, ist der Spruch für das Gericht bedeutungslos, weil für eine nach Dienstvertragsrecht zu beurteilende Kündigung die Zustimmung nicht erforderlich ist, das MEA. also außerhalb des Rahmens seiner Zuständigkeit gehandelt hat.

(LG. Breslau 1. ZK., Urt. v. 20. Okt. 1921, 11 S 503/21.)

Mitgeteilt von LGRat Dr. Bruschwitz, Breslau.

---

zustehenden Rechte auch von dem Hausmeister in Anspruch genommen werden können. Für den Regelfall, in dem als Entschädigung für die Hausmeisterdienste freie Wohnung und bares Entgelt gewährt wird, muß indessen bis zu dem dem Hausmeister obliegenden Beweis des Gegenteils davon ausgegangen werden, daß die Leistung der Dienste die Hauptsache ist und der Vertrag deshalb hinsichtlich der Kündigung den Bestimmungen des Dienstvertrages unterliegt.

Es ist nicht angängig, wie das LG. es will, auf den Hausmeistervertrag grundsätzlich das Kündigungsrecht der Miete anzuwenden. Das MEA. wird also in der Regel mit der Kündigung des Hausmeistervertrages nichts zu tun haben. Dagegen ist vielfach die Zustimmung des MEA. auf Grund des § 9 WMVO. (nicht auch § 5a MSchVO., der nur für Mietverhältnisse gilt) zur Erhebung der Räumungsklage und zur Vollstreckung von Räumungsurteilen notwendig (vgl. JW. 1921, 50, 283, 418; KGBl. 21, 93).

RA. Dr. Julius Nußbaum, Berlin.

*

Elberfeld.

9. Teilkündigung eines Mietverhältnisses ist zulässig.

Der Vermieter hatte beim MEA. zunächst den Antrag, die Kündigung der ganzen Mietwohnung zu genehmigen, gestellt, wurde aber hiermit abgewiesen. Alsdann bat er, die Kündigung wenigstens zweier Zimmer zu genehmigen. Darauf gestattete das MEA., einen Wohnraum zu kündigen, was auch durch den Vermieter rechtzeitig geschah.

Der Mieter, auf Räumung verklagt, führte aus, eine solche Teilkündigung sei unzulässig, weil eine solche Kündigung des einen Raumes eine Rationierung der Wohnung darstelle. Das Landgericht führte jedoch folgendes aus:

„Nach den ganzen Verhandlungen vor dem MEA. ist dessen Beschluß dahin auszulegen, daß der Bekl. nur dann nicht zur Räumung der ganzen Wohnung verpflichtet sein soll, wenn er dem Kl. das genannte Zimmer abtrete. Eine andere Auslegung würde der

Sachlage nicht gerecht. Denn es entspräche nicht dem Sinne des Gesetzes, dem Vermieter in einem Falle, in dem er nach den Vorschriften des BGB. ohne weiteres zur Kündigung der ganzen Wohnung berechtigt ist, auch einen teilweisen Räumungsanspruch zu versagen und damit eine Einschränkung aufzuerlegen, die noch über die auf dem Notmietrecht beruhende Entscheidung des Mieteinigungsamtes hinausgeht. Daß der Kl. mit Rücksicht auf die nur teilweise Genehmigung des MEA. dem Bekl. nicht das ganze Mietverhältnis, sondern nur das eine Zimmer kündigte, kann ihm hiernach nicht zum Nachteil gereichen. (Vgl. auch Mittelstein zu LG. Arnsberg JW. 1922, 35.)"

(LG. Elberfeld, Urt. v. 2. März 1922, 1 S 39/22.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Lehning, Elberfeld.

*

10. **Wenn das MEA. mit zu kurzer Frist geladen hat und der Mieter ist nicht erschienen, so ist die Kündigungsgenehmigung des MEA. ungültig und die Klage auf Räumung abzuweisen.** †)

Vermieter beantragte beim MEA. Genehmigung zur Kündigung. Der Mieter, mit einer Frist von 3 Tagen geladen, erschien nicht, hatte aber schriftlich um neuen Termin mit geräumiger Ladungsfrist gebeten, weil er durch andere Dispositionen am Erscheinen verhindert sei. Das MEA. erteilte trotzdem die Genehmigung zur Kündigung. Da Mieter nach Kündigung nicht räumte, wurde Räumungsklage erhoben; das LG. Elberfeld als Berufungsinstanz wies die Räumungsklage ab, weil nach der VO. v. 23. Sept. 1918 das MEA. seine Entscheidung nach Anhörung des Gegners, also hier des Mieters, zu treffen habe:

„Wenn damit auch nicht gesagt sein soll, daß ohne Anwesenheit des Mieters im Termin überhaupt keine Entscheidung getroffen werden könne, so ist doch zum Ausdruck gebracht, daß dem Mieter ausreichende Gelegenheit geboten werden muß, seine Rechte wahrzunehmen. Diese Vorschrift ist im vorliegenden Falle verletzt worden. Unstreitig hat die Bekl. die Ladung zum Termin v. 18. Juli 1921 erst am 15. Juli 1921 erhalten und daraufhin sofort dem MEA. mitgeteilt, sie sei an der Wahrnehmung des Termins verhindert und bitte darum, den neuen Termin mindestens 14 Tage vorher mitzuteilen, damit sie ihre Dispositionen hiernach treffen könne. Die Bekl. hatte allen Grund zu der Annahme, daß dieser Bitte entsprochen werde, zumal es sich ja um eine Räumung zum 1. Okt. 1921 handelte, die Angelegenheit also keinerlei Beschleunigung erforderte. Wenn nun das MEA. trotz dieser Sachlage ohne Anwesenheit des Mieters bereits im Termin v. 18. Juli entschied, so liegt darin eine völlig ungerechtfertigte Beschränkung des Mieters in der Wahrnehmung seiner Rechte, die den gesetzlichen Vorschriften widerspricht. Aus diesem formellen Grunde muß daher dem Spruch des MEA. die Rechtswirksamkeit versagt werden. Mangels einer gültigen Genehmigung des MEA. ist aber das Räumungsbegehren der Kl. unbegründet."

(LG. Elberfeld, Urt. v. 18. Nov. 1921, 1 S 597/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Lehning, Elberfeld.

*

Frankfurt a. M.

11. **§ 566 BGB. findet auf einen Mietvertrag Anwendung, in dem der Vermieter für länger als ein Jahr auf die Kündigung verzichtet. Keine Einrede der Arglist gegenüber der Räumungsklage, wenn die 61jährige Mieterin bei Abschluß des Vertrages davon ausgegangen ist, daß sie für die Dauer der Lebenszeit wohnen bleiben könne und deshalb Aufwendungen in Höhe von 500 ℳ für die Wohnung gemacht hat.**

Auch das Berufungsgericht kann in der unter Beweis gestellten Behauptung der Bekl., daß der Kl. ihr bei Abschluß des Mietvertrags gesagt habe, sie könne wohnen bleiben, so lange wie sie wolle, keinen Mietvertrag für die Dauer der Lebenszeit der Bekl. erblicken. Aber selbst, wenn man den Mietvertrag in diesem Sinne auslegen könnte, hätte er zur Gültigkeit für die Lebensdauer der Bekl. der nach § 566 BGB. vorgeschriebenen Schriftform bedurft. Denn der Abschluß eines Mietvertrages für längere Zeit als ein Jahr liegt auch dann vor, wenn zwar auf unbestimmte Zeit gemietet ist, aber die Kündigungsfrist derart hinausgeschoben ist, daß das Mietverhältnis nicht mindestens jährlich gelöst werden kann, ebenso auch, wenn die Dauer der Miete von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht worden ist. (Vgl. hierzu Staudinger, 5./6. Aufl., Bem. II, 1 zu § 566; Mittelstein, Miete, S. 96 ff. und in Bl. f. RA. 73, 517 ff.; sowie OLG. Dresden v. 30. Juni 1903, Warn. 3.) Damit entfällt auch die Wirksamkeit eines Verzichts des Kl. auf ein Kündigungsrecht während der Lebzeiten der Bekl., da ein solcher Verzicht eine Bindung des Kl. auf längere unbestimmte Zeit bedeuten würde, die das Gesetz mangels Schriftform nicht zuläßt[1]).

Verfehlt ist auch die Einrede der Arglist gegenüber der Räumungsklage. Es wird unterstellt, daß die Bekl. bei Abschluß des Mietvertrags davon ausgegangen ist, daß sie für alle Zeiten dort wohnen bleiben könne und aus diesem Grunde Aufwendungen bis zum Betrage von 500 ℳ für die Wohnung gemacht hat. Die Tatsache allein rechtfertigt jedoch nicht die Einrede der Arglist gegenüber dem nunmehr die Räumung verlangenden Kl. Eine Arglist könnte möglicherweise nur dann vorliegen, wenn der Kl. vorsätzlich diese Vorstellung bei der Bekl. erzeugt hätte, um die Bekl. zu veranlassen, diese Aufwendungen zu machen, und hierbei die Absicht gehabt hätte, nach Fertigstellung der Einrichtung die Bekl. auf Räumung zu verklagen. Ein solches Verhalten des Kl. kann schon deshalb nicht in Frage kommen, weil die Bekl. inzwischen bereits 5—6 Jahre in der fraglichen Wohnung haust. Wenn der Kl. nach einem derartigen Zeitraum die Räumung begehrt, so kann dies nur darauf beruhen, daß für den Kl. ein Bedürfnis nach dem von der Bekl. innegehabten Räume entstanden ist. Jedenfalls reichen die von der Bekl. in dieser Beziehung vorgetragenen Behauptungen nicht aus, um darzutun, daß der Kl. die Bekl. in arglistiger Weise veranlaßt hat, für die Wohnung Aufwendungen zu machen, um sich später in deren Genuß zu versetzen.

(LG. Frankfurt a. M., 1. ZK., Urt. v. 2. Mai 1922, 2 S 104/22.)

Mitgeteilt von RA. Otto Rothbarth, Frankfurt a. M.

*

12. **Die Mieterschutzgesetzgebung findet auf Pensionsverträge keine Anwendung.** †)

Unstreitig war zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen, durch den die Kl. die Gewährung von Verköstigung und Wohnung an die Bekl. und ihre 47jährige Schwester zum Preise von monatlich 340 ℳ übernommen hatte. Es handelte sich also um einen sog. Pensionsvertrag, der zu den gemischten Verträgen gehört und im Gesetz keine besondere Regelung gefunden hat. Seine einzelnen Bestandteile gehören teils dem Gebiet des Werk- und Dienstvertrags, teils des Mietvertrags an. Derartige Verkoppelungen mehrerer Vertragsarten können gleichwohl als einheit-

[1]) Vgl. RG. in Gruchot 59, 469 sowie Amtl. Samml. 103, 381. Anm. d. Einf.

Zu 10. Die Entsch. verstößt gegen den vom RG. wiederholt anerkannten Grundsatz, daß die Beschlüsse der MEA., soweit sie sich im Rahmen ihrer Zuständigkeit halten, der Nachprüfung der ordentl. Gerichte entzogen sind. Dies gilt auch, wenn Verfahrensvorschriften verletzt sein sollten, da die mit § 7 Abs. 1 MSchVO. verbundene Absicht des Gesetzgebers, eine baldige Regelung der Rechtsverhältnisse der Vertragsparteien herbeizuführen, ein einfaches beschleunigtes Verfahren voraussetzt (RG. 101, 55, 115; JW. 1922, 581).

Ob das MEA. einem Vertagungsantrage des Mieters stattgeben oder trotz Ausbleibens des Mieters verhandeln will, ist ebenso wie die Frage, ob eine 3 Tage vor dem Termin zugegangene Ladung nach Lage der Sache als rechtzeitig anzusehen ist, lediglich vom MEA. nach billigem Ermessen zu entscheiden. Das ordentl. Gericht ist aber nicht befugt, den Spruch für unverbindlich zu erachten, weil nach seiner Meinung die Rechte des Mieters vor dem MEA. beschränkt worden sind (vgl. auch JW. 1921, 1103 Anm.).

Dem Mieter bleibt nur übrig, beim MEA. die Wiederaufnahme des Verfahrens zu beantragen, wenn er glaubt, daß ein wesentlicher Mangel des Verfahrens vorgekommen ist. Wird dann die erste Entsch. abgeändert, so ist der neue Beschluß auch für das ordentl. Gericht maßgebend (JW. 1922, 581). Das in Vorbereitung befindliche neue Gesetz über Mieterschutz und MEA. bestimmt, daß die Entsch. nur erlassen werden darf, wenn den Beteiligten Gelegenheit gegeben worden ist, sich zur Sache zu äußern; ist diese Vorschrift nicht beachtet, so findet gegen die Entsch. innerhalb der Notfrist von 2 Wochen die Rechtsbeschwerde statt.

RA. Dr. Julius Nußbaum, Berlin.

Zu 12. Die MSchVO. gilt nur für Mietverhältnisse, findet also auf Rechtsverhältnisse anderer Art keine Anwendung, auch wenn mit diesen ein Benutzen von Räumen verbunden ist. Deshalb sind ihre Vorschriften auf Pachtverhältnisse, Verträge mit Hausmeistern und Hausangestellten, Überlassung von Dienstwohnungen ebensowenig anwendbar wie auf Pensionsverträge, bei denen unter heutigen Verhältnissen die Übernahme der Beköstigung die Hauptsache bildet. Der Pensionsvertrag ist ein einheitliches Rechtsverhältnis und einheitlich zu beurteilen, zumal wenn die Vergütung für die Raumüberlassung und das Entgelt für Verpflegung, Bedienung, Wäsche, Heizung, Beleuchtung usw. einheitlich vereinbart ist. Der Pensionsinhaber kann nicht gezwungen werden, dauernd Beköstigung usw. zu gewähren, während er andererseits ohne gleichzeitige Vereinbarung dieser Nebenleistungen aus wirtschaftlichen Gründen den Wohnraum nicht hergegeben haben würde. Zur Kündigung des Pensionsvertrages bedarf es also keiner Mitwirkung des MEA.

Ob etwa auf Grund des § 9 WMVO. die Zustimmung des MEA. zur Erhebung der Räumungsklage und zur Vollstreckung des Räumungsurteils erforderlich ist, richtet sich nach den hierfür von der Gemeindebehörde erlassenen besonderen Vorschriften (vgl. JW. 1921, 55, 1361, 1371). Der PreußWohlfMin. hat kürzlich die Auskunft erteilt — II 6 Nr. 506 —, daß Anordnungen über Wohnungsräumungen zunächst sowohl auf § 9 WMVO. wie auch auf § 5a MSchVO. gestützt worden sind, um auch Rechtsverhältnisse, die sich nicht als Mietverhältnisse darstellen, unter den Schutz der Vorschriften

liches Vertragsverhältnis aufzufassen sein, dann nämlich, wenn sich aus der wirtschaftlichen Zweckbestimmung ergibt, daß die mehreren Verpflichtungen aus den einzelnen Vertragsgebieten nach Sinn und Inhalt des Vertrags eine rechtliche Einheit bilden sollen. Das ist vor allem dann anzunehmen, wenn die eine Leistung nur dazu dient, die andere zu ergänzen. Dann ist die letztere als Hauptleistung, die nur für den Fall gewollt und gültig ist, daß er so lange die Hauptleistung wirksam besteht. Die rechtliche Einheit eines derartigen Vertragsgebildes erfordert auch eine einheitliche Behandlung. Entscheidend ist hierbei, welche Leistung wirtschaftlich als die Hauptleistung zu betrachten ist und für die Bemessung der Vergütung am meisten ins Gewicht fällt. Das ist beim Pensionsvertrag, zumal in der letzten Zeit, unstreitig die Gewährung der Verköstigung; demgegenüber spielt die Vergütung für die Unterkunft keine erhebliche Rolle, was sich auch darin äußert, daß für die Miete des Zimmers kein besonderer Preis festgesetzt, dieser vielmehr in der Gesamtvergütung eingerechnet wird. Dadurch wird zugleich deutlich, daß es sich bei dem Pensionsvertrag um ein einheitliches Ganze handelt (vgl. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. I § 156 u. 163). Der Pensionsvertrag ist daher als Werkvertrag zu betrachten; das schließt nicht aus, daß für seine Auflösung, wenn er für unbestimmte Dauer abgeschlossen ist, eine Kündigung erforderlich ist, die, wie allgemein üblich, nach den Regeln des Mietvertrags zu geschehen pflegt. (Denn beim Werkvertrag ist sonst nur ein Kündigungsrecht des Bestellers vorgesehen. § 649 BGB.) Damit wird aber der Pensionsvertrag nicht insoweit zum Mietvertrag, sondern die Bestimmungen über die Kündigung sind nur ergänzend heranzuziehen, ohne daß der Vertrag dadurch seine Einheitlichkeit verliert. Daraus folgt, daß die Vorschriften über den Mieterschutz, die sich nur auf Mietverträge beziehen, auf den Pensionsvertrag keine Anwendung finden können. Die Kündigung zum 1. Mai 1920 ist unstreitig, auch gegen die Einhaltung der üblichen Kündigungsfrist sind Einwendungen nicht erhoben.

(LG. Frankfurt a. M., Urt. v. 27. Juli 1920, S 149/20.)

Mitgeteilt von RA. **Carl Thormann**, Frankfurt a. M.

*

Lübeck.

13. Keine Erhöhung des Mietpreises für laufende Verträge durch das MEA. †)

Das MEA. stützt seine Befugnis zur Erhöhung der Miete auf die VO. des Lübecker Senates v. 13. Juli 1920 — LübV. 1920, 168 —, deren § 1 lautet: Das Mieteinigungsamt beim Wohlfahrtsamt setzt auf Anruf eines Mieters oder eines Vermieters einen angemessenen Mietzins für gemietete Räume für eine bestimmte Zeit nach Anruf fest. In diesem Falle darf der Vermieter keinen höheren Mietzins verlangen oder sich zahlen lassen...

Diese Bestimmung ist so allgemein gehalten, daß sie an sich dem MEA. die Befugnis geben würde, auch bei laufenden Mietverträgen den Mietzins zu erhöhen. Die VO. kann aber nicht zur Anwendung kommen, da sie rechtlich ungültig ist. Nach der Einleitung ist die VO. erlassen auf Grund des Art. 2 des Gesetzes über Maßnahmen gegen Wohnungsmangel v. 11. Mai 1920 (RGBl. 1920, 949). Dieses Gesetz enthält unter Ziff. I eine Abänderung der Bek. über Maßnahmen gegen Wohnungsmangel v. 23. Sept. 1918 unter Ziff. II, dagegen eine Abänderung der Bek. zum Schutz der Mieter v. 23. Sept. 1918/22. Juni 1919. Unter beiden Ziffern sind die Artikel besonders numeriert, so daß sich im Gesetz zwei verschiedene Art. 2 befinden. Die dadurch entstandene Unklarheit sollte beseitigt werden durch eine in LübV. 1920, 97 abgedruckte Berichtigung, wonach es anstatt: „Auf Grund des Art. 2" heißen soll: „Auf Grund des Abschnittes II, Art. 1." Diese Berichtigung ist S. 12 daselbst wiederholt, aber beide Male ohne Datum und Unterschrift veröffentlicht. Es scheint sich also nur um eine von dem Drucker ausgehende Berichtigung zu handeln, welche nicht geeignet ist, den Willen des Gesetzgebers authentisch zu interpretieren. Es mag aber dahingestellt bleiben, ob die VO. tatsächlich auf Grund des Art. 2 unter I (der unter 2 kommt praktisch nicht in Betracht) oder auf Grund des Art. 1 unter II erlassen und formell rechtsgültig zustande gekommen ist. In jedem Falle muß die materielle Gültigkeit verneint werden. Es ist ganz klar, daß die VO. sich nicht auf den Art. 2 des Abschnittes I stützen kann, wonach die oberste Landesbehörde zu Eingriffen in die Freizügigkeit sowie die Unverletzlichkeit der Wohnung und des Eigentums ermächtigen darf, soweit solche Eingriffe zur Behebung oder Milderung der Wohnungsnot dringend erforderlich sind. Der Kl. hat auch gar nicht versucht, seinen Anspruch hierauf zu gründen. Es käme daher nur Art. 1 des Abschnittes II in Betracht, nach welchem der § 5 der Bek. zum Schutze der Mieter folgende Fassung erhält: „Machen sich nach dem Ermessen der obersten Landesbehörde infolge besonders starken Mangels an Mieträumen außergewöhnliche Mißstände geltend, so kann die oberste Landesbehörde mit Zustimmung des Reichsarbeitsministers Gemeindebehörden auch zu anderen als den in §§ 2—5 bezeichneten Anordnungen und Maßnahmen, insbesondere zu Eingriffen in die Freizügigkeit sowie die Unverletzlichkeit der Wohnung und des Eigentümers, soweit solche Eingriffe zum Schutze der Mieter erforderlich sind, ermächtigen oder verpflichten oder mit Zustimmung des Reichsarbeitsministers solche Anordnungen und Maßnahmen unmittelbar treffen, die Berechtigung hierzu einer ihr unterstellten Behörde übertragen. Eingriffe sollen nur dann erfolgen, nachdem der Versuch gütlicher Einigung erfolglos geblieben ist. „Mit dem Schutze des Mieters ist eine Erhöhung der Miete aber nur für den Fall in Einklang zu bringen, daß ihm gegen einen erhöhten Mietzins das Verbleiben in einer gekündigten Wohnung gestattet wird. Es ist aber nicht einzusehen, wie es dem Schutze eines Mieters dienen und welches Interesse auch nur er daran haben könnte, eine höhere Miete zu zahlen, als er nach dem laufenden Mietvertrage verpflichtet ist. Daß eine Erhöhung der Miete bei gekündigten Mietverträgen schon nach den früheren Bekanntmachungen zulässig war, spricht keineswegs dafür, daß das Gesetz v. 11. Mai 1920 die Erhöhung nunmehr auch bei laufenden Mietverträgen zulassen wollte; die Fassung des Gesetzes erklärt sich vielmehr ohne weiteres dadurch, daß es in anderer Beziehung die Eingriffe in die private Rechtssphäre erweitern wollte. Nicht verständlich ist, wie Kl. sich darauf beruft, daß die streitige VO., wenn nicht zum Schutze des einzelnen Mieters, so doch zum Schutze der Mieter im allgemeinen wirkt. Es ist nicht einzusehen, welcher Vorteil und gar erst Schutz der Gesamtheit der Mieter aus der Benachteiligung einzelner Mieter entstehen könnte. Die Zustimmung des Reichsarbeitsministers ist zwar ein Erfordernis der formellen Gültigkeit der Senatsverordnung, dahingegen wird nicht die materielle Ungültigkeit durch diese Zustimmung geheilt.

Der Kl. hat ferner seinen Anspruch auf Erhöhung der Miete darauf gestützt, daß ihm eine Fortsetzung des Mietverhältnisses zu den Bedingungen des Jahres 1913 infolge der Umwälzung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht zugemutet werden könne. Es braucht aber auf die Zulässigkeit einer Erhöhung der Miete durch das Gericht nicht eingegangen zu werden, da sich aus dem Spruch des MEA. ergibt, daß die Miete jetzt angemessen auf 20 000 ℳ statt auf 16 000 ℳ zu berechnen ist. Es ist nicht zu verkennen, daß die Mieten nur durch die Mieterschutzgesetzgebung künstlich so niedrig gehalten werden, aber es ist doch davon auszugehen, daß Kl. unter den heutigen Gesetzen nicht eine höhere Miete erzielen würde. Diese Spannung von 4000 ℳ ist aber nicht so groß, daß sie zum Eingriff des Gerichts in einen privaten Vertrag, der nur äußersten Falles gerechtfertigt ist, führen könnte.

(LG. Lübeck, Urt. v. 1922.)

Mitgeteilt von RA. Dr. **M. Leo**, Hamburg.

*

München.

14. Die Bestimmung des § 568 BGB. ist durch die Mieterschutzbestimmungen nicht unanwendbar geworden. †)

Gegenüber dem Vorbringen des Kl., daß er das Mietverhältnis auf den 1. Jan. 1921 rechtswirksam gekündigt habe, beruft sich der Bekl. auf § 568 BGB. Hiernach gilt, wenn nach dem Ablauf der Mietzeit der Gebrauch der Sache von dem Mieter fortgesetzt wird, das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der Vermieter ... seinen entgegenstehenden Willen binnen einer Frist von zwei Wochen dem anderen Teil gegenüber erklärt;

---

fallen zu lassen, daß die späteren Anordnungen aber nur auf Grund des § 5a MSchVO. ergangen sind, weil die Ausdehnung der Bestimmungen zu Unzuträglichkeiten in der Praxis geführt hat. Es ist also bei Pensionsverträgen jedesmal zu prüfen, ob da, wo die Gemeindebehörde die Erhebung der Räumungsklage und die Vollstreckung von Räumungsurteilen an die vorherige Zustimmung des MEA. geknüpft hat, die Anordnung nur auf der MSchVO. oder auch auf der WMVO. beruht, und letzterenfalls, ob hierzu die Ermächtigung der obersten Landesbehörde erteilt oder die früher erteilte Ermächtigung zurückgenommen worden ist (§ 9a WMVO.).

RA. Dr. **Julius Nußbaum**, Berlin.

Zu 13. Dieser Entsch. ist durchweg beizupflichten. Das MEA. hat die Befugnis, anläßlich der Anordnung einer Fortsetzung oder Verlängerung eines Mietvertrages den Mietzins zu erhöhen. Aber nirgends ist dem MEA. die Befugnis erteilt, die Miete eines laufenden Mietvertrages zu ändern, vor allem aber nicht sie zu erhöhen, was gegen den grundlegenden Zweck der Mieterschutzgesetzgebung verstoßen würde. Der § 5 MSchVO. läßt unter gewissen Voraussetzungen die Ermäßigung des Mietzinses durch das MEA. zu, aber nur bei einem neu geschlossenen Mietvertrag (vgl. Stern S. 63 unter 3). Will ein Vermieter während laufenden Mietvertrages wegen veränderter Verhältnisse (auf Grund der sog. clausula rebus sic stantibus) eine Erhöhung des Mietzinses erreichen, so ist dafür nur das ordentliche Gericht zuständig, wie dies auch vom HansOLG. 5. ZS. im Urteil v. 21. Nov. 1921 Bf V 248/1921 ausgesprochen ist.

OLGPräs. Prof. Dr. **Mittelstein**, Hamburg.

Zu 14. Nach § 568 BGB. erneuert sich ein abgelaufener Mietvertrag durch stillschweigende Verlängerung, wenn der Mieter wohnen bleibt und weder Vermieter noch Mieter dem anderen binnen zwei Wochen seinen entgegenstehenden Willen erklärt. Will der Vermieter also das Vertragsverhältnis nicht fortsetzen, so muß er dem Mieter zu erkennen geben, daß er ihn nicht als Mieter behalten will. Hat er diese Erklärung später als zwei Wochen nach Ablauf des Vertrages dem Mieter zugehen lassen, so muß er gleichzeitig dartun,

die Frist beginnt ... für den Vermieter mit dem Zeitpunkt, in welchem er von der Fortsetzung Kenntnis erlangt.

Der Bekl. behauptet nun in Übereinstimmung mit dem Vorbringen des Kl. selbst, daß er die gemietete Wohnung am 1. Jan. 1921 nicht geräumt habe. Damit ist die Voraussetzung des § 568 BGB. an und für sich gegeben. Der Kl. macht geltend, daß er am 2. oder 3. Febr. 1921 durch seine Ehefrau den Bekl. zur Räumung aufgefordert habe. Es wäre nun Sache des Kl. gewesen, darzulegen, daß er innerhalb zwei Wochen vor dem letzteren Zeitpunkte Kenntnis von der Fortsetzung des Gebrauches erlangt habe (siehe RGRKomm. Anm. 3 zu § 568). Eine solche Behauptung hat aber der Kl. gar nicht aufgestellt. Es hat infolgedessen bei der Regel des § 568 BGB. sein Bewenden.

Hiernach ist das zwischen den Streitstellen zustande gekommene Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit verlängert worden. Es ist daher zur Beendigung desselben eine neuerliche Kündigung notwendig gewesen. Die in der gegenwärtigen Klage v. 3. Febr. 1921 liegende Kündigung ist unwirksam. Denn auch diese Kündigung hätte gemäß § 1 Abs. 1 der Bayr. Mieterschutz-Bek. v. 13. Aug. 1920 (StaatsAnz. Nr. 189) der Zustimmung des MEA. bedurft. Der Kl. kann aber selbst nicht behaupten, daß ihm eine solche erteilt worden sei. Das zwischen den Streitteilen zustande gekommene Mietverhältnis ist hiernach nicht beendigt worden. Der Anspruch des Kl. auf Räumung ist somit ohne rechtfertigende Grundlage (§ 564 BGB.).

(LG. München I, Urt. v. 5. Aug. 1921, BerReg. F 328/21 VI.)

Mitgeteilt von RA. Levinger, München.

*

Münster.

15. **Das Wohnungsamt ist nicht berechtigt, für einen Mieter, gegen den ein Räumungsurteil mit Genehmigung des MEA. vollstreckt ist, die geräumte Wohnung erneut zu beschlagnahmen und den Mieter zwangsweise wieder in den Besitz der Wohnung zu setzen.†)**

Das Wohnungsamt ist zwar auf Grund des WohnMangG. v. 23. Sept. 1918 und 11. Mai 1920 zur Beschlagnahme der geräumten Wohnung berechtigt, aber eine Zuweisung an den entsetzten Mieter ist als im Widerspruch mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und mit der Rechtssicherheit stehend, unzulässig. Die zwangsweise Wiedereinsetzung des Mieters in die geräumte Wohnung kann nur geeignet sein, die seit der Kriegszeit stark geschwundene Achtung des Volkes vor Gesetz und Behörden, nicht auch zuletzt vor den Gerichten, vollends zu untergraben und Vermieter und Eigentümer rechtlos zu machen; der Vermieter mag mit Genehmigung des MEA. kündigen, unter Aufwand erheblicher Kosten im Prozeß obsiegen und auch vollstrecken. Wenn unmittelbar hernach das Wohnungsamt die Wohnung für den entsetzten Mieter beschlagnahmt, ist alle Arbeit zunichte, die Kosten und Mühen sind umsonst gewesen. Daß dieser Erfolg nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann und gelegen hat, muß unbedenklich angenommen werden. Eine Zuweisung der Wohnung an den zur Räumung verurteilten Mieter durch das Wohnungsamt erscheint mithin ungesetzlich, daher unzulässig.

(LG. Münster, 4. ZK., Beschl. v. 20. Okt. 1921, 3 T 229/21.)

Mitgeteilt von RA. Sandhage, Münster i. W.

*

Neiße.

16. **Teilkündigung eines Wohn- und Geschäfsräume betreffenden Mietvertrags.†)**

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz, daß, abgesehen von der dies für zulässig erachtenden Entsch. des MEA., die unanfechtbar und daher auch für das Gericht bindend sei, unter gewöhnlichen Verhältnissen ein Mietsverhältnis als unteilbares Forderungsverhältnis nicht bloß bezüglich eines Teiles der Mietssache, hier des Ladens, gekündigt werden könne, ist davon auszugehen, daß das BGB. die Unzulässigkeit einer Teilkündigung der Mietssache nicht vorsieht, wie dies schon die Analogie des Gesetzgebungsgedankens in § 543 BGB. erkennen läßt, wonach Kündigungsrechte des Mieters wegen Mangel einzelner Mietsräume in Anwendung der §§ 469—471 BGB. gestattet sind. Hierzu kommt im vorliegenden Falle die Verschiedenheit des wirtschaftlichen Benutzungszweckes der Wohnräume gegenüber dem dem gewerblichen Zwecke der verklagten Ladenmieterin dienenden Benutzungszwecke des damit verbundenen Ladens. Hiernach ist die Kündigung dieses Ladens seitens des klagenden Vermieters unter Beibehaltung des Mietvertrages bezüglich der hinter dem Laden befindlichen Wohnräume der Bekl. unbedenklich für zulässig zu erachten, zumal die Wohnungs- und Ladennot der Jetztzeit zu solchen Maßnahmen zwingt und Kl. für seine gewerblichen Bedürfnisse dieses Ladens in seinem Hause dringend bedarf, während das gleiche bezüglich der Putzmachergeschäfte der Bekl. nicht zugegeben ist, die vielmehr diese Geschäfte auch in den Wohnungsräumlichkeiten hinter dem Laden weiter besorgen könnte.

(LG. Neiße, 2. ZK., Urt. v. 19. Mai 1921, 2 S 60/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Stern, Neustadt, O.-Schl.

*

Schneidemühl.

17. **Der Beklagte, der den Räumungsanspruch des Klägers anerkennt, aber über den Räumungstermin hinaus wohnen bleibt, hat die Prozeßkosten zu tragen.**

Den Anspruch des Kl. auf Räumung der Wohnung am 30. Sept. 1921 hat der Bekl. sofort anerkannt. Entsprechend seinem Anerkenntnisse hat deshalb die Verurteilung des Bekl. zur Räumung zu erfolgen. Trotz seines sofortigen Anerkenntnisses kann sich der Bekl. aber nicht gegen die Kostenlast unter Berufung auf § 93 ZPO. wehren. Denn unstreitig hat er die Wohnung bis jetzt auch noch nicht geräumt. Die befreiende Wirkung hat das sofortige Anerkenntnis nur, wenn der Schuldner auch tatsächlich den anerkannten Anspruch erfüllt, ein bloß wörtliches Anerkenntnis genügt nicht. Mag der Bekl. selbst nur deshalb wohnen geblieben sein, weil ihm vom Wohnungsamte keine andere Wohnung nachgewiesen worden ist, so bleibt jedenfalls die Tatsache bestehen, daß der längst fällige Anspruch auf Räumung auch jetzt noch unerfüllt ist. Unter diesen Umständen können die Kosten des Prozesses nicht den Kl. treffen. Vielmehr hat diese der Bekl. zu tragen.

(LG. Schneidemühl, 1. ZS., Urt. v. 14. Febr. 1922, 3 S 278/21.)

Mitgeteilt von RA. Riemschneider, Schneidemühl.

*

Stuttgart.

18. **Kann gegenüber einer Kündigung des Vermieters, die ohne Genehmigung des Einigungsamts ausgesprochen ist, der Mieter negative Feststellungsklage erheben?†)**

Dadurch, daß die Bekl. den Kl. auf 1. Okt. 1921 gekündigt hat, hat sie das Recht der Kl. auf Benutzung der Wohnungen ab

---

daß er nicht länger als zwei Wochen vorher vom Wohnenbleiben des Mieters Kenntnis erlangt hat. Den Gegenbeweis der früheren Kenntnis wird dann der Mieter zu führen haben.

An dieser Rechtslage ist durch die Mieterschutzgesetzgebung nichts geändert worden. Auch wenn das MEA. die Zustimmung zur Kündigung oder zum Ablauf des Vertrages erteilt hat, sind die Parteien nicht gehindert, die Erneuerung des Mietverhältnisses zu vereinbaren und der unterlassene rechtzeitige Widerspruch bei tatsächlicher Fortsetzung des Mietverhältnisses wird vom Gesetzgeber als vereinbarte Erneuerung auf unbestimmte Zeit angegeben. Das fortgesetzte Mietverhältnis kann alsdann nur durch neue Kündigung nach § 565 BGB. beendet werden. Wo also nach § 6 MSchVO. zur Kündigung des Vermieters die vorherige Zustimmung des MEA. erforderlich ist, muß der Vermieter erneut das MEA. anrufen, um wirksam kündigen zu können.

RA. Dr. Julius Nußbaum, Berlin.

Zu 15. Die Entsch. deckt sich mit der herrschenden Praxis. Die Beschlagnahme einer Wohnung zugunsten eines Mieters, der zu ihrer Räumung verurteilt ist, entbehrt der gesetzlichen Grundlage. Die Vollstreckung, die das MEA. genehmigt hat, darf nicht dadurch vereitelt werden, daß das dem MEA. untergeordnete Wohnungsamt die Wohnung dem Schuldner wieder überweist. Bei der Weigerung des Vermieters, den Schuldner als Mieter zu behalten, müßte das MEA. nach § 4 WMVO. einen neuen Mietvertrag festsetzen, was nicht angängig ist (ebenso KGBl. 21, 51).

RA. Dr. Julius Nußbaum, Berlin.

Zu 16. Ob nach BGB. die Kündigung eines Teils der gemieteten Räume zulässig ist, ist nicht unbestritten. Die Zulässigkeit wird vielfach nicht nur aus § 543, sondern auch aus § 544 BGB. bejaht (RGRKomm. § 544 Anm. 4). Ich teile indessen die Ansicht von Mittelstein (Miete S. 272 A. 31), daß ein Mietverhältnis nach BGB. nur einheitlich gekündigt werden kann (ebenso Stern, Mieterschutzrecht S. 46). Es ist aber nicht zu verkennen, daß bei der jetzt herrschenden Raumnot aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Teilkündigung wenigstens in den Fällen für zulässig zu erachten ist, in denen es sich um mehrere, wirtschaftlich getrennt zu behandelnde Räume (z. B. zwei Wohnungen oder getrennt liegende Räume oder Laden und Wohnung u. ä.) handelt.

In der Befugnis des MEA., die Kündigung aller Räume zu gestatten, kann die weniger umfangreiche Befugnis gefunden werden, die Kündigung eines Teils der Räume zu genehmigen. Hat das MEA. die Teilkündigung zugelassen, so ist diese Entsch. für das ordentliche Gericht nur dann bindend, wenn das Gericht der Ansicht ist, daß das MEA. damit nicht seine Zuständigkeit überschritten hat (vgl. auch JW. 1922, 235; KGBl. 21, 61).

RA. Dr. Julius Nußbaum, Berlin.

Zu 18. Wenn auf Grund des § 6 MSchVO. die vorherige Zustimmung des MEA. zur Kündigung des Vermieters erforderlich ist, kann eine ohne solche Zustimmung ausgesprochene Kündigung keine rechtliche Wirkung äußern. Hat der Vermieter gleichwohl die Kündigung ausgesprochen, so kann der Mieter verlangen, daß die Unwirksamkeit durch Richterspruch festgestellt wird, falls sie der Ver-

1. Okt. 1921 bestritten und sich des Rechtes berühmt, von da an über die Mieträume in ihrem Interesse zu verfügen. Das Recht der Kl. war hiernach bestritten, und für solche Fälle ist die Feststellungsklage als Rechtsschutzmittel gewährt. Daran wird dadurch nichts geändert, daß die Kündigung vom objektiven Standpunkt aus unzweifelhaft unwirksam war; die Bekl. hat aber tatsächlich gekündigt und das Recht der Kl. dadurch zu einem bestrittenen und gefährdeten gemacht. Daß es sich nicht um eine praktisch bedeutungslose Erklärung gehandelt hat, geht schon daraus hervor, daß die Bekl. die vor Klageerhebung erfolgte Aufforderung zur Anerkennung der Unwirksamkeit der Kündigung unbeachtet gelassen und erst am Schluß der mündlichen Verhandlung sich dazu bequemt hat, eine entsprechende Erklärung abzugeben. Hiernach hatten die Kl. um so mehr ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung, als sie Gefahr liefen, von Mietslustigen belästigt zu werden, und als sie gewärtigen mußten, daß die Bekl. ein passives Verhalten der Kl. als stillschweigende Zustimmung zur Kündigung auslegen werde.

(LG. Stuttgart, 4. ZK., Urt. v. 16. Dez. 1921, S 453/21.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Drescher, Stuttgart.

*

Torgau.

19. **Das Wohnungsamt ist nicht berechtigt, für einen auf Grund eines gerichtlichen Räumungsurteils zu Ermittierenden die Wohnung erneut zu beschlagnahmen und ihm zur Benutzung zuzuweisen.**

Die von dem Gläubiger begehrte Zwangsvollstreckung beruht auf einem rechtskräftigen Urteil des AG., welches von dem Gerichtsvollzieher lediglich unter Berücksichtigung der besonderen Bestimmungen des Vollstreckungsrechtes und seiner Dienstanweisungen zu vollstrecken ist. Das Urteil enthält ferner nicht nur eine Feststellung des privatrechtlichen Räumungsanspruches zwischen den Parteien, sondern es verleiht auch dem Gläubiger einen durch öffentliches Recht geregelten Anspruch auf staatlichen Zwang zu seiner Durchführung. Eine Beschränkung bzw. Vereitelung dieses Anspruches durch Beschlagnahme der Wohnung seitens des Gemeindevorstehers, sowie durch Festsetzung eines Zwangsmietvertrages zwischen den Parteien würde also sowohl einen Eingriff in die ordentliche Rechtspflege, als auch eine Änderung eines öffentlichen Rechtssatzes bedeuten (vgl. JW. 1921, 771). Die Entsch. über die Zulässigkeit solcher Eingriffe in die Rechtspflege kann jedoch nicht untergeordneten Verwaltungsbehörden ohne Gefährdung der Rechtssicherheit überlassen bleiben. Die Beschlagnahme der fraglichen Wohnung seitens des Gemeindevorstehers muß daher insoweit als ungesetzlich angesehen werden, als sie dahin abzielt, die Vollstreckung aus dem fraglichen Urteil zu vereiteln.

(LG. Torgau, 2. ZS., Beschl. v. 28. April 1922, 3 T 36/22.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Ulrich, Torgau.

B. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Senatspräs. Dr. G. Strutz, Reichsfinanzrat Dr. Hecker, Reichsfinanzrat Dr. Boethke und Reichsfinanzrat Dr. Arlt, München.

[⨯ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. GrErwStG. § 5 Abs. 4 Ziff. 5. **Trägt ein Grundstückseigentümer einem anderen ein Grundstück zum Kauf an mit der Ermächtigung für diesen, das Grundstück in eigenem Namen zum Verkauf anzubieten, und verpflichtet er sich, mit dem ihm vom Antragsgegner benannten Dritten unmittelbar einen Kaufvertrag über das Grundstück unter den festgestellten Bedingungen abzuschließen, während der Mehrerlös dem Antragsgegner zufallen soll, so liegt ein Rechtsgeschäft vor, daß diesen ermächtigt, das Grundstück auf eigene Rechnung zu veräußern. †)**

In der notariellen Verhandlung v. 17. Dez. 1919 bot L. sein Gastwirtschaftsgrundstück dem Beschwerdeführer zum Kauf für 72 000 ℳ (einschl. 15 000 ℳ für Zubehör) an und erklärte sich bis zum 2. April 1920 für gebunden. Der Beschwerdeführer sollte berechtigt sein, das Grundstück auf seinen Namen zum Verkauf anzubieten. Auf sein Verlangen sollte L. verpflichtet sein, mit dem ihm vom Beschwerdeführer benannten Dritten über das Grundstück auch unmittelbar einen Kaufvertrag abzuschließen, vorausgesetzt, daß die festgestellten Kaufbedingungen eingehalten würden. L. sollte dann einen etwaigen Mehrerlös an den Beschwerdeführer abführen.

In der notariellen Verhandlung v. 25. Febr. 1920 machten die Eheleute T. dem L. das Angebot, das Grundstück von ihm für 85 000 ℳ zu kaufen, und erklärten sich bis zum 15. März 1920 für gebunden. Von dem Kaufgeld sollten die Eheleute T. 13 500 ℳ zu Händen des Beschwerdeführers bis zum 1. März 1920 zahlen, 10 000 ℳ sollten ihnen gestundet und hypothekarisch zugunsten des Beschwerdeführers eingetragen werden.

In der notariellen Verhandlung v. 9. März 1920 nahm L. das Angebot der Eheleute an. Gleichzeitig trat der Beschwerdeführer die ihm zustehende Restkaufgeldforderung von 10 000 ℳ an L. ab.

In der notariellen Verhandlung v. 21. Okt. 1920 ließ L. das Grundstück an die Eheleute T. auf, und am 26. Nov. 1920 wurden diese als Miteigentümer je zur Hälfte im Grundbuch eingetragen.

Im Hinblick auf den Erwerb des Beschwerdeführers von L. zog der Kreisausschuß den ersteren zur Grunderwerbsteuer in Höhe von 3420 ℳ (= 6% von 57 000 ℳ, d. i. Wert des Grundstücks ohne Zubehör), zur Grunderwerbsteuer heran, indem er sich auf § 5 Abs. 1 der RAbgO. stützte. Der Einspruch blieb erfolglos, und auch die Berufung wurde zurückgewiesen. Der Bezirksausschuß verwies auf die Entsch. des RFH. 5, 173, wonach schon der Vertragsantrag nach § 5 des GrErwStG. steuerpflichtig sei.

Dem Rechtsmittel konnte nicht stattgegeben werden.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der in der Entsch. des RFH. v. 24. März 1921 behandelte Fall dem jetzigen rechtlich gleich liegt und bejahendenfalls, ob an der Entscheidung in jeder Beziehung festgehalten werden kann. Denn die Entsch. des Bezirksausschusses ist aus anderen Gründen gerechtfertigt. Nach § 5 Abs. 1 des GrErwStG. wird ein zur Übertragung des Eigentums verpflichtendes Veräußerungsgeschäft steuerpflichtig, wenn der Übergang des Eigentums nach Ablauf eines Jahres nach Abschluß dieses Veräußerungsgeschäfts nicht erfolgt ist. Nach § 5 Abs. 4 Ziff. 5 sind als Veräußerungsgeschäft i. S. des Abs. 1 auch Rechtsgeschäfte anzusehen, durch die jemand ermächtigt wird, ein Grundstück ganz

---

mieter trotz Aufforderung nicht anerkennt. Denn der Vermieter hat mit seiner Weigerung zur Abgabe der Erklärung zu erkennen gegeben, daß er die Kündigung, die das Mietverhältnis beenden sollte, bestehen lassen will.

Das Feststellungsinteresse des Mieters ist dadurch gegeben, daß wegen der ausgesprochenen Kündigung Streit oder Zweifel über den Fortbestand des Mietverhältnisses besteht, wobei es gleichgültig ist, daß der Jurist die Grundlosigkeit des Standpunktes des Vermieters sofort erkennen kann.

RA. Dr. Julius Nußbaum, Berlin

Zu 1. Das GrErwStG. besteuert in §§ 5 ff. Veräußerungsgeschäfte, bestimmte Kettengeschäfte, wirtschaftliche Verfügungseinräumungen und gewisse Verdeckungsgeschäfte. Der RFH. hat in wiederholten Entscheidungen hierzu insbesondere nach der Richtung Stellung genommen, inwieweit eine wirkliche Vollmachtserteilung oder ein Zwischengeschäft vorliege. Dabei hat er grundsätzlich darauf hingewiesen, daß unter Veräußerungsgeschäften i. S. von § 5 Abs. 1 und demgemäß unter den ihnen gleichgestellten i. S. von § 5 Abs. 4 nur solche Veräußerungsgeschäfte zu verstehen sind, durch welche eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums übernommen wird.

Eine echte Vollmacht liegt vor, wenn der Zwischenhändler nur mit Zustimmung des Eigentümers an einen Dritten verkaufen darf. Entsch. 24. März 1921, JW. 1921, 1129; 5, 173. Dagegen liegt ein steuerpflichtiges Geschäft, nicht eine bloße Vollmachtserteilung vor, wenn für einen erst zu benennenden Dritten gekauft wird. Der Zwischenhändler hat ein Recht darauf erhalten, daß der Eigentümer mit diesem Dritten abschließt. JW. 1921, 1376. Wenn der Bevollmächtigte wirtschaftlich über das Grundstück wie ein Eigentümer verfügen darf, so liegt nach § 6, wenn er rechtlich darüber verfügen darf, nach § 5 Abs. 4 Nr. 5 Steuerpflicht vor. Entsch. 2. Dez. 1921, unten S. 836. (Übereinstimmend 21. Febr. 1922 II A 42/22 RAnz. 1922 Nr. 78.)

In vorliegender Entsch. wird § 5 Abs. 4 Nr. 5 ebenfalls mit Recht für zutreffend erachtet. Der Bevollmächtigte durfte auf eigene Rechnung zum Kauf anbieten. Der Eigentümer verpflichtete sich aber, auf den vom Bevollmächtigten beigebrachten dritten Kaufsliebhaber zu übertragen. Somit liegt ein zur Veräußerung verpflichtendes Rechtsgeschäft zwischen Eigentümer und Bevollmächtigtem vor. Der Bevollmächtigte war ermächtigt, auf eigene Rechnung zu veräußern und den Mehrerlös zu behalten. Letzterer Umstand liegt zwar auch bei dem Fall der Entsch. v. 24. März 1921 vor, aber dort war dies nur eine nebensächliche Form der Gewinnberechnung. Es war der Eigentümer nicht verpflichtet, auf den von dem Bevollmächtigten Beigebrachten das Grundstück zu übertragen. Er hatte sich ausdrücklich vorbehalten, ob er das tun wolle oder nicht. Deswegen war hier anders zu entscheiden.

RA. Dr Heß, Stuttgart

oder teilweise auf eigene Rechnung zu veräußern. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind hier gegeben.

Der Beschwerdeführer hat durch die notarielle Urkunde v. 17. Dez. 1919 das Recht erlangt, das Grundstück auf seinen Namen zum Verkauf anzubieten. Darin liegt auch die Vollmacht, einen endgültigen Kaufvertrag abzuschließen. Daß auf sein Verlangen der bisherige Eigentümer verpflichtet sein sollte, mit dem vom Beschwerdeführer benannten Dritten über das Grundstück auch unmittelbar einen Kaufvertrag abzuschließen, ändert hieran nichts. Die Ermächtigung erstreckte sich ferner darauf, das Grundstück auf eigene Rechnung des Beschwerdeführers zu veräußern, da die zwischen dem Eigentümer und dem Beschwerdeführer festgestellten Kaufbedingungen eingehalten werden und dem Beschwerdeführer ein etwaiger Mehrerlös zufallen sollte. Der Beschwerdeführer sollte also so dastehen, wie wenn er mit dem Eigentümer einen endgültigen Kaufvertrag geschlossen hätte und damit berechtigt wäre, seine Rechte aus dem Kaufvertrag an einen Dritten abzutreten oder seinerseits mit einem Dritten einen Kaufvertrag abzuschließen. Der Fall liegt anders als der im Urteil v. 24. März 1921 (RFH. 5, 202) entschiedene, wo eine echte Vermittlung vorlag. Es mag sein, daß auch der Beschwerdeführer wirtschaftlich eine Vermittlerrolle spielte. Das ist jedoch nicht ausschlaggebend, weil das Geschäft rechtlich so gestaltet war, daß es unter die bezeichnete gesetzliche Vorschrift fällt. In jenem Falle hatte sich der Eigentümer — anders als hier — dem Vermittler gegenüber nicht gebunden; er war nicht verpflichtet, an den vom Vermittler gestellten Kaufliebhaber zu veräußern, und der Vermittler konnte nicht ohne Zuziehung des Eigentümers mit dem Dritten das Kaufgeschäft rechtsverbindlich abschließen. Hier aber ging jeder Vorteil auf Rechnung des Beschwerdeführers, während Verluste, die ihn grundsätzlich ebenfalls getroffen haben würden, kaum vorkommen konnten, weil der Beschwerdeführer dann das Geschäft mit dem Dritten nicht abzuschließen brauchte, auch das Angebot des Eigentümers durch Zeitablauf oder Ablehnung hinfällig werden lassen konnte.

Wie die Geschäfte sich tatsächlich gestaltet haben, ist gleichgültig. Die tatsächliche Gestaltung würde aber ebenfalls die Anwendung des § 5 Abs. 4 Ziff. 5 rechtfertigen. Denn daß die Eheleute T. dem L. unmittelbar ein Kaufangebot machten, und daß dieser es annahm, beruhte auf der Vereinbarung zwischen L. und dem Beschwerdeführer, daß jener verpflichtet sein sollte, auf Verlangen auch unmittelbar einen Kaufvertrag abzuschließen. L. hat also im Innenverhältnisse nur als Beauftragter des Beschwerdeführers gehandelt, was auch darin zum Ausdruck kommt, daß der Vertrag so gestaltet wurde, daß alle Vorteile gegenüber dem Vertragsangebote des L. dem Beschwerdeführer zufielen.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 10. Jan. 1922, II A 514/21.)

×**2. Die Befreiung von der Grunderwerbsteuer für Erwerbe der Abkömmlinge von den Eltern, Großeltern und entfernteren Voreltern findet auch im Falle des Zuschlags bei der Zwangsversteigerung Anwendung. †)**

Das der Privatierswitwe D. gehörende Grundstück ist in der gerichtlichen Zwangsversteigerung gegen sie durch Beschluß vom 17. März 1921 ihrer Tochter, der Beschwerdeführerin, zugeschlagen worden. Aus diesem Anlaß hat das FA. von der Beschwerdeführerin eine Grunderwerbsteuer gefordert, während diese Steuerfreiheit auf Grund des § 8 Ziff. 4 des GrErwStG. begehrt.

Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

Nach § 8 Ziff. 4 des GrErwStG. wird die Grunderwerbsteuer nicht erhoben beim Erwerb der Abkömmlinge von den Eltern, Großeltern und entfernteren Voreltern. Ein solcher Erwerb liegt hier vor. Der Erwerb durch den Zuschlag bei der Zwangsversteigerung ist allerdings kein abgeleiteter, sondern ein ursprünglicher (originärer) Erwerb. Derjenige, dem der Zuschlag erteilt wird, erwirbt das Grundstück nicht so, wie es der bisherige Eigentümer besessen hat, sondern so, wie es nach den Versteigerungsbedingungen auf ihn übergehen soll. Der Ersteher ist nicht Rechtsnachfolger des bisherigen Eigentümers. Der Zuschlag überträgt nicht das Eigentum des bisherigen Eigentümers auf den Ersteher, sondern er begründet neues Eigentum für diesen kraft richterlichen Ausspruchs (Jäckel-Güthe, ZwVerstG. S. 389/390; Hummel und Specht, Preuß. StempelG. S. 788/789; Greiff, RStempG. Anm. 13c zu TarNr. 11a S. 667).

Um dieser rechtlichen Konstruktion willen aber anzunehmen, daß die BefrVorschr. im § 8 Ziff. 4 des Ges. beim Zuschlag in der Zwangsversteigerung an einen Abkömmling des bisherigen Eigentümers keine Anwendung finde, würde der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprechen. Wenn das Grunderwerbsteuergesetz bei einer Zwangsversteigerung einen Eigentumsübergang in seinem Sinne oder einen Erwerb vom eingetragenen Eigentümer durch den, dem der Zuschlag erteilt wird, für ausgeschlossen angesehen hätte, so würde es die ausdrückliche Vorschrift im § 20 Abs. 1 Satz 2 nicht für erforderlich gehalten haben, daß die Steuer von demjenigen nicht gefordert werden kann, gegen den sich das Verfahren richtete. Auch sei in diesem Zusammenhang auf § 1 Satz 2 des Gesetzes hingewiesen, welcher dem Übergange des Eigentums den Erwerb von herrenlosen Grundstücken gleichstellt. Um zu einer richtigen Entscheidung zu gelangen, wird auf den Zweck der Vorschrift einzugehen sein. Für ähnliche Vorschriften aus früherer Zeit ist oft die Erwägung maßgebend gewesen, daß die Grundstücksübertragung eine vorweggenommene erbrechtliche Maßnahme sei. Nachdem die Steuerfreiheit beim Erbanfall von den Eltern auf die Kinder und umgekehrt in Wegfall gekommen ist, scheidet eine derartige Betrachtung aus. Der Zweck der Vorschrift des § 8 Ziff. 4 kann jetzt nur noch darin gefunden werden, den Familiensinn zu fördern. Erwerbe von Abkömmlingen, die dazu dienen, den elterlichen Grundbesitz in der Familie zu erhalten, sollen begünstigt werden. Wenn das die Absicht der BefrVorschr. im § 8 Ziff. 4 ist, dann ist aber nicht einzusehen, warum bei ihrer Anwendung vor Erwerben im Wege des Zuschlags in der Zwangsversteigerung Halt gemacht werden soll. Gerade bei der Zwangsversteigerung besteht die Gefahr, daß der Familienbesitz in fremde Hände gelangt, in besonders hohem Maße. Es ist daher durchaus am Platze, daß einem Abkömmling, der den elterlichen Grundbesitz der Familie erhalten will, dessen Erwerb auch im Falle der Zwangsversteigerung durch Wegfall der Grunderwerbsteuer erleichtert wird. Dieser Auslegung steht die Fassung der Vorschrift des § 8 Ziff. 4 nicht entgegen. Die Fassung dieser Vorschrift ist so allgemein, daß ihre Anwendung auch im Falle des Zuschlags bei der Zwangsversteigerung keineswegs ausgeschlossen ist.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 25. Nov. 1921, II A 441/21.)

3. 1. Die BefrVorschr. des § 8 Absatz 1 Ziffer 9 GrErwStG. ist auch dann anwendbar, wenn ein Teil der übertragenen wirtschaftlichen Einheit den dort angegebenen Zwecken dienen soll. Das gilt auch für Ziff. 10.

2. Es ist nicht nötig, daß die gesunden Kleinwohnungen erst nach dem Grundstückserwerb errichtet oder baulich hergerichtet werden. Es genügt, daß vorhandene Wohnungen, die bisher dem Zwecke, gesunde Kleinwohnungen für Minderbemittelte zu sein, nicht gedient haben, nach dem Erwerb für diesen Zweck bereitgestellt werden sollen. †)

Durch notariellen Vertrag v. 29. Sept. 1919 in Verbindung mit dem Nachtrag v. 4. Dez. 1919 kaufte die Beschwerdeführerin von den Erben der Frau T. die im Grundbuch von M. Bl. 95, 65 und 63 verzeichneten Grundstücke. Es besteht a) das Grundstück Nr. 95 aus den Flurstücken 87, 88, b) das Grundstück Nr. 65 aus den Flurstücken 89, 91a, c) das Grundstück Nr. 63 aus den Flurstücken 90, 91, 448, 449 des Flurbuchs von M. Auf dem Flurstück 88 stand ein Gasthof „Jägerhaus", auf 89 eine dazugehörige Turnhalle. Auch die Flurstücke 87 und 90 waren bebaut. Von dem auf 110 000 ℳ vereinbarten Gesamtpreis wurden gerechnet auf das Grundstück Bl. 95 78 000 ℳ, auf das dazugehörige Geschäftsinventar 10 000 ℳ, auf das Grundstück Bl. 65 7000 ℳ, auf das Grundstück Bl. 63 15 000 ℳ. Die Eigentumsumschreibung im Grundbuch fand am 23. Jan. 1920 statt.

Aus diesem Anlaß zog der Gemeindevorstand M. als Steuerstelle die Gemeinde M. zur Grunderwerbsteuer nach einem Grundstückswerte von 18 200 ℳ heran. Er nahm an, daß die Flurstücke 88, 89 nach § 8 Ziff. 9 GrErwStG. steuerfrei seien und ließ das Flurstück 88 mit 75 000 ℳ und das Flurstück 89 mit 6800 ℳ außer Ansatz, so daß sich für die übrigen Flurstücke ein Gesamtwert von

---

Zu 2. Es ist zu begrüßen, daß der RFH. in seinen jüngsten das GrErwStG. betreffenden Entscheidungen sich von Wortinterpretation und Konstruktion befreit, wenn diese an sich notwendigen Auslegungsarten zu einem den Grundgedanken des Gesetzes widersprechenden Ergebnis führen. Die aus dem Zweck der Vorschrift des § 8 Nr. 4 geschöpfte Begründung ist einleuchtend; fast möchte man es bedauern, daß es noch für notwendig gehalten wird, durch Heranziehung anderer Vorschriften den Nachweis zu führen, daß die Vorschriften des GrErwStG. nicht ausschließlich auf den derivativen Eigentumserwerb gerichtet sind. Solche Erwägungen sind weder überzeugend noch erforderlich.

JR. Stillschweig, Berlin.

Zu 3. Der Entsch. ist in allen Teilen beizutreten. Sie zeichnet sich durch scharfe Herausarbeitung des geistigen Kerns der fraglichen Gesetzesvorschrift und durch Vermeidung formalistisch-fiskalischer Gesichtspunkte aus. Was die Steuerfreiheit für Teilgrundstücke anlangt, so rechtfertigt sie sich wirtschaftlich und steuerpolitisch jedenfalls aus dem Gesichtspunkt, daß in zahlreichen Fällen nur Teile des bisher eine wirtschaftliche Einheit bildenden Grundstücks zur Besiedelung bzw. zur Schaffung gesunder Kleinwohnungen geeignet sein werden, daß also die vom LFA. vertretene einschränkende Auslegung des Steuerprivilegs der Besiedelung usw. oft hinderlich sein würde. Man denke an die bei der Aufteilung großer Rittergüter verbleibenden, das Herrenhaus enthaltenden Restgüter oder an die bei Erbauung größerer Wohnhaussiedelungen unentbehrlichen Geschäftshäuser. — Auch die Auslegung, wonach die Bereitstellung vorhandener Baulichkeiten zu dem Zwecke, als gesunde Kleinwohnungen für Minderbemittelte zu dienen, als „Schaffung" derselben zu begreifen ist, kann im Interesse der Förderung dieser sozialen Unternehmungen nur begrüßt werden.

RA. Dr. Ernst Hagelberg, Berlin.

18 200 ℳ ergab. Hiervon setzte er 5%, das sind 910 ℳ, als Steuer fest, wovon er aber 667 ℳ Reichsstempel und 200 ℳ Landesstempel nach § 37 Abs. 4 GrErwStG. abzog, so daß noch 43 ℳ zu entrichten blieben.

Die Gemeinde beantragte nun beim Hauptzollamt, ihr 139 ℳ zuviel gezahlte Stempelsteuer zu erstatten, indem sie folgende Rechnung aufstellte: Grunderwerbsteuer für das Reich 4%, das sind 728 ℳ, Stempelsteuer 867 ℳ, zuviel entrichtet 139 ℳ. Dies gab dem LFA. Anlaß, die Steuerstelle zu anderweiter Steuerveranlagung nach § 212 Abs. 3 anzuweisen. Demgemäß ergingen zwei Nachtragssteuerbescheide v. 20. Juni 1921. Durch den einen wurde die Steuer für die Flurstücke 87, 90, 91, 91a, 448, 449 wie folgt berechnet: Grundstückswert 18 200 ℳ, davon 5% sind 910 ℳ, ab anteilige Stempelsteuern 121,40 ℳ + 36,40 ℳ, bereits erforderte Grunderwerbsteuer 43 ℳ, bleiben 709,20 ℳ. Durch den anderen Nachtragssteuerbescheid wurde eine Steuer von 3380,80 ℳ für die Flurstücke 88, 89 festgesetzt nach folgender Berechnung: Grundstückswert 81 800 ℳ, davon 5% sind 4090 ℳ, ab anteilige Stempelsteuern 545,60 ℳ + 163,60 ℳ, bleiben 3380,80 ℳ.

Gegen diese Nachtragssteuerbescheide erhob die Gemeinde Einspruch mit dem Antrag, die Flurstücke 88, 89, 90 und 448 steuerfrei zu lassen. Sie machte geltend, daß sie die Flurstücke 88, 89, 90 zur Schaffung gesunder Kleinwohnungen für Minderbemittelte erworben habe. In dem alten Hause auf dem Flurstück 90 seien solche Wohnungen schon vorhanden gewesen. Mit dem Einbau im Gasthof und in der Turnhalle (Flurstücke 88, 89) sei im Januar 1920 begonnen worden. Das Flurstück 90 diene als Gartenland für die geschaffenen Wohnungen. Das Flurstück 448 sei als Straßenland verwendet. Deshalb treffe § 8 Ziff. 9 und 10 GrErwStG. zu.

Einspruch und Berufung blieben erfolglos: Das LFA. wies darauf hin, daß die von der Gemeinde erworbenen Flurstücke zusammen eine wirtschaftliche Einheit gebildet hätten, und führte aus, daß die genannten Gesetzesbestimmungen nicht anwendbar seien, wenn, wie hier, nur ein Teil der wirtschaftlicheen Einheit zu den bezeichneten Zwecken erworben sei.

Die nunmehr erhobene Rechtsbeschwerde ist begründet. Nach § 4 RAbgO. sind bei Auslegung der Steuergesetze ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen. Der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung des § 8 Ziff. 9 bestehen darin, die Schaffung gesunder Kleinwohnungen zu fördern. Von diesem Gesichtspunkt aus ist es gleichgültig, ob ein ganzes Grundstück (eine wirtschaftliche Einheit) oder nur ein Grundstückteil zur Schaffung gesunder Kleinwohnungen verwendet wird. Der Wortlaut des Gesetzes steht dem nicht entgegen. Denn wenn das Gesetz bestimmt, daß die Steuer nicht erhoben werde bei Grundstücksübertragungen, die der Schaffung gesunder Kleinwohnungen für Minderbemittelte zu dienen bestimmt sind, so läßt diese Fassung sehr wohl die Deutung zu, daß auch die Absicht, *einen Teil* des Grundstücks zu dem bezeichneten Zwecke zu verwenden, zur Gewährung von Steuerfreiheit genügt. Für die Auslegung der Ziff. 10 des § 8 gilt dasselbe. Nur kommt hier noch ein weiterer Grund hinzu, der für die hier vertretene Auffassung spricht. Im zweiten Satze der Ziff. 10 heißt es: „Falls und *insoweit* das Grundstück . . . für andere Zwecke verwendet wird, erfolgt Nachveranlagung.“ Hier ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die Steuerfreiheit für einen Teil des Grundbesitzes bestehen bleibt, selbst wenn sie für einen anderen Teil aufgehoben werden muß. Der Gesetzgeber hat also keineswegs beabsichtigt, die Steuerfreiheit an eine einheitliche Verwendungsart des ganzen Grundbesitzes zu knüpfen. Es ist nicht einzusehen, daß dieser Gedanke nur auf den Fall der Ziff. 10 beschränkt sein und für die Fälle der Ziff. 9, wo eine Nachveranlagungsvorschrift gleicher Art nicht für notwendig gehalten wurde, nicht gelten sollte. Der Hinweis des LFA. auf den Erlaß des RFM. v. 26. Febr. 1921 (RStBl. 153) geht fehl. Dort ist ausgesprochen, daß, wenn ein Hausanwesen teils Kleinwohnungen i. S. der Ziff. 9, teils andere enthalte, die Steuerfreiheit für dieses Grundstück überhaupt wegfalle. Das ist ein ganz anderer Fall als der hier zu entscheidende. Denn hier handelt es sich um die Verwendung von *Teil*grundstücken zu verschiedenen Zwecken. Dort steht die Benutzung eines *ganzen* Grundstücks zu verschiedenen Zwecken in Frage. Hier gewissermaßen vertikale, dort horizontale Teilung. Daß bei der Auffassung des LFA. § 8 Ziff. 9 und 10 dadurch anwendbar gemacht werden könnte, daß die Teilung des Grundstücks schon vor der Veräußerung vorgenommen wird, mag nur nebenher bemerkt werden.

Wegen unrichtiger Anwendung des bestehenden Rechtes war hiernach die angefochtene Entsch. aufzuheben. Die Sache ist nicht spruchreif. Es bleibt noch zu prüfen, ob und wieweit der Erwerb der Trennstücke 88, 89, 90 der Schaffung gesunder Kleinwohnungen für Minderbemittelte zu dienen bestimmt war, und wieweit der Erwerb des Trennstücks 448 unter Ziff. 10 des § 8 fällt. Zur Erfüllung des Tatbestandes der Ziff. 9 ist nicht erforderlich, daß die Wohnungen erst nach dem Grunderwerb errichtet oder baulich hergerichtet werden. Das hieße den Sinn der Vorschrift wesentlich verkennen. Vom Standpunkt der sozialen Fürsorge ist es gleichgültig, ob die Baulichkeiten bereits bestehen oder nicht; es kann nur darauf ankommen, daß sie dem Zwecke, gesunde Kleinwohnungen für Minderbemittelte zu sein, bisher nicht gedient haben, durch die Grundstückserwerbung nun aber für diesen Zweck *bereitgestellt* werden sollen. Die Worte „Schaffen von Wohnungen“ sind also im Sinne von „Verschaffen von Wohngelegenheit“, nicht bloß im Sinne der Förderung des Kleinwohnungsbaues, zu verstehen. Nur also, wenn vorhandene Gebäude schon vor dem Erwerbe gesunde Kleinwohnungen für Minderbemittelte enthalten haben, würde Steuerfreiheit nicht gegeben sein. Daß zu den Gebäuden auch der erforderliche Hofraum und Hausgarten im ortsüblichen Umfang, ohne daß insoweit Steuerpflicht einträte, gehören können, darf als selbstverständlich gelten. Hiernach wird die Vorinstanz von neuem zu entscheiden haben.

(RFH., Urt. v. 5. Jan. 1922, II A 543/21.)

4. GrErwStG. § 12. Hat der Veräußerer eines Grundstücks sich dem Erwerber zur Errichtung eines Gebäudes auf dem verkauften Grundstück verpflichtet, so ist es Tatfrage, ob Kaufvertrag und Werkvertrag oder nur Kaufvertrag über Grundstück nebst zu errichtendem Gebäude vorliegt. †)

Der Kaufmann K. in Wiesbaden hat von dem Möbelfabrikanten H. ebenda durch notariellen Kaufvertrag v. 5. Febr. 1920 ein Grundstück um 165 000 ℳ erworben. Er wurde am 17. März 1920 als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Auf dem gekauften Grundstück war zur Zeit des Vertragsabschlusses ein noch im Rohbau befindliches Villengebäude vorhanden. Am 9. Febr. 1920 kam zwischen dem Erwerber und Veräußerer ein privatschriftlicher Vertrag zustande, inhaltlich dessen ersterer dem letzteren die Ausführung und bauliche Fertigstellung des auf dem gekauften Grundstück vorhandenen Villengebäudes um den Betrag von 160 000 ℳ übertrug. Aus Anlaß des Eigentumsüberganges vom 17. März 1920 wurde vom Erwerber eine Grunderwerbsteuer von 6600 ℳ (4% aus 165 000 ℳ) erhoben. Hiergegen ist keine Einwendung erhoben. Das FA. forderte jedoch mit Steuerbescheid v. 29. Dez. 1920, nachdem es inzwischen von dem unterm 9. Febr. 1920 abgeschlossenen privatschriftlichen Vertrage Kenntnis erhalten hatte, weitere 9600 ℳ für Grunderwerbsteuer nach, wobei es den Standpunkt vertrat, daß die für die bauliche Fertigstellung des Villengebäudes vereinbarte Vergütung von 160 000 ℳ als eine Gegenleistung für die Übertragung des Eigentums am Grundstück anzusehen und deshalb nach § 12 GrErwStG. dem Kaufpreis von 165 000 ℳ hinzuzurechnen sei. Der dagegen eingelegte Einspruch blieb erfolglos. Dagegen hob der Bezirksausschuß auf Berufung den Steuerbescheid v. 29. Dez. 1920 und die Einspruchsentscheidung auf und stellte den Berufungsführer von Grunderwerbsteuernachforderung von 9600 ℳ frei. Hiergegen ist die vorliegende Rechtsbeschwerde des FA. gerichtet, die die Anwendung des § 12 GrErwStG. und die Nacherhebung der Grunderwerbsteuer aus 160 000 ℳ verlangt.

Die Vorinstanz beschränkt sich auf die Hervorhebung, daß im Kaufvertrage v. 5. Febr. 1920 für das Grundstück ein Kaufpreis von 165 000 ℳ und im Vertrage v. 9. Febr. 1920 eine Vergütung von 160 000 ℳ für die Ausführung und bauliche Fertigstellung des auf dem verkauften Grundstücke zur Zeit des Vertragsabschlusses im Rohbau vorhandenen Villengebäudes vereinbart worden sei, und knüpft hieran lediglich die Bemerkung: Hiernach sei der Betrag von 160 000 ℳ nicht für das Grundstück gewährt und die Sachlage sei so klar, daß der Nachveranlagungsbescheid ohne weiteres aufgehoben werden müsse. Die Vorinstanz haftet hiernach allein an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks und sieht gänzlich davon ab, bei der Auslegung der Verträge den wirklichen Willen der Vertragschließenden zu erforschen. Ihr Urteil enthält deshalb einen Verstoß gegen § 133 BGB. und war aufzuheben. Gemäß § 275 Abs. 3 RAbgO. kommt der Senat hierdurch in die Lage, in der Sache selbst entscheiden zu können.

Daß die Verträge v. 5. Febr. und v. 9. Febr. 1920 nicht gleichzeitig niedergeschrieben sind, daß der erstere notarielle Form, der letztere nur privatschriftliche Form erhalten hat, daß in dem ersteren die von K. zu empfangende Gegenleistung Kaufpreis, im letzteren Werkvergütung genannt wird, ist nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Hat der Verkäufer eines Grundstücks mit dem Käufer zugleich einen Vertrag geschlossen, nach welchem er sich diesem gegenüber zur Herstellung eines Gebäudes auf dem Grundstück oder zur Fertigstellung eines vorhandenen Rohbaues verpflichtet, so ist es lediglich eine nach dem Willen der Vertragschließenden zu entscheidende Tatfrage, ob ein Kaufvertrag über das Grundstück und ein Werkvertrag über Herrichtung oder Fertigstellung eines Gebäudes darauf, oder ob nur ein Kaufvertrag über das Grundstück mit Ge-

---

Zu 4. Die Entsch. spricht zutreffend rechtlich nur folgendes aus: Es sei eine Tatfrage, ob bei der in der Überschrift bezeichneten Vereinbarung sich der Kaufvertrag trotz der formellen Zerlegung in zwei Verträge tatsächlich auf das Grundstück und auf das erst auszuführende Bauwerk erstrecke; bejahendenfalls gelte nach § 12 GrErwStG. als steuerpflichtiger Kaufpreis die Summe der für das Grundstück und das Bauwerk je einzeln vereinbarten Beträge. Es ist in diesem Falle der Werkvertrag nur ein Verdeckungsgeschäft, zu dessen Beseitigung nicht einmal auf § 133 BGB. Bezug zu nehmen wäre, sondern auf § 7 GrErwStG. und § 5 RAbgO. Die tatsächliche Auslegung in dem vorliegenden Falle ist nicht zu beanstanden.

RA. Dr. Hetz, Stuttgart.

bäude vereinbart ist. Dem Kaufvertrage steht nicht entgegen, daß die gekaufte Sache noch nicht vollständig vorhanden ist. Ein Kaufvertrag über eine erst fertigzustellende Sache ist ebenso wie ein Kaufvertrag über eine fremde Sache rechtlich zulässig und tatsächlich möglich. Liegen nicht besondere Umstände für das Gegenteil vor, so dürfte eine Auslegung nicht fehl gehen, die sich an die von den Vertragschließenden selbst gewählte Ausdrucksweise anschließt. Es lassen sich viele Gründe denken, warum die Vertragschließenden einem einheitlichen Kaufvertrag den Kaufvertrag mit anschließendem Werkvertrag vorgezogen haben könnten. Im vorliegenden Falle aber spricht für die gegenteilige Annahme der von den Vorinstanzen gar nicht berücksichtigte Umstand, daß nach § 3 des Kaufvertrages vom 5. Febr. 1920 Besitz und Genuß des Grundstücks erst am 15. April 1920 auf den Käufer übergehen sollte und daß sich der Verkäufer in dem Vertrage v. 9. Febr. verpflichtet hatte, die bauliche Fertigstellung des Rohbaues auf dem Grundstücke bis zu gleichem Termine zu vollenden und das Haus dem Käufer an diesem Tage schlüsselfertig zu übergeben. An sich könnte der Tag der Übergabe des Kaufobjektes mit dem Tage der Übergabe des Werkes gleichzeitig vereinbart sein. Vorliegend kommt aber noch ferner hinzu, daß der § 4 des Kaufvertrages bestimmt: „Das Kaufobjekt wird in dem Zustand übereignet, in welchem es sich befindet.“ Unter Übereignung ist hier — im unmittelbaren Anschluß an § 3 — wohl die Besitzübertragung verstanden. Der Kaufvertrag bezeichnet also als Kaufobjekt das Grundstück in seinem Zustande am 15. April, und an diesem Tage sollte es nach dem Vertrage v. 9. Febr. fertig bebaut sein. Nach § 2 des Kaufvertrages hat Käufer dem Verkäufer den Kaufpreis, soweit er nicht durch Hypothekenübernahme getilgt werden sollte, sofort bar gezahlt, Verkäufer aber hat sich verpflichtet, ihn bis zum 15. April 1920 zu verzinsen. Von diesem Tage ab sollte auch erst die Verzinsung der übernommenen Hypotheken auf den Käufer übergehen. Alle diese Vertragsbestimmungen lassen erkennen, daß nach dem Willen der Vertragschließenden alle Wirkungen des Kaufvertrages auf den 15. April 1920 abgestellt sind, also auf den Tag, an welchem nach den getroffenen Vereinbarungen das Gebäude auf dem Grundstück bereits fertiggestellt sein sollte. Danach aber unterliegt die Richtigkeit der Annahme, auf der der Nachtragssteuerbescheid beruht, keinem Bedenken, daß die Verträge vom 5. und 9. Febr. 1920 als ein einheitlicher Vertrag sich darstellen, inhaltsdessen K. dem Beschwerdeführer sein Grundstück mit dem darauf bis zum Tage der Übergabe fertigzustellenden Rohbau veräußert hat gegen einen Kaufpreis von 325 000 M. Gemäß § 12 GrErwStG. ist deshalb von diesem Kaufpreis bei der Berechnung der Grunderwerbsteuer auszugehen.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 10. Juni 1922, II A 483/21.)

×**5. Beim Erwerb eines Gastwirtschaftsgrundstücks kann die Übernahme einer Bierbezugsverpflichtung eine Leistung i. S. des § 12 Abs. 2 Satz 1 des GrErwStG. sein.** †)

Der Beschwerdeführer kaufte durch Vertrag v. 13. Dez. 1920 ein Gastwirtschaftsgrundstück für 175 000 M. In Anrechnung auf das Kaufgeld übernahm er unter anderem eine Hypothek des Kommerzienrats M. von 20 000 M, die seitens des Gläubigers so lange unkündbar gestellt war, als der Bierbedarf für die Wirtschaft im gekauften Hause von der Brauerei des Gläubigers bezogen werde. Weiter heißt es im § 4:

> „Nach einer Mitteilung des M. ... besteht eine Vereinbarung zwischen ihm und den Verkäufern dahin, daß Herr M. als Gläubiger der Hypothek diesen Darlehnsbetrag insolange nicht kündigen darf, als das Bier für den Wirtschaftsbetrieb im Kaufshause ausschließlich von ihm bezogen wird, wogegen andererseits die Verkäufer und ihre Rechtsnachfolger insolange zu diesem Bierbezug verpflichtet sind, als das Kapital nebst Zinsen nicht vollständig heimbezahlt ist.
>
> Der Käufer übernimmt die Bierbezugsverpflichtung im vorstehenden Umfang.“

Nachdem der Beschwerdeführer als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen war, wurde er nach einem Grundstückspreise von 170 000 M zur Grunderwerbsteuer herangezogen.

Die angefochtene Entscheidung ist, soweit sie sich auf den Grund des Steueranspruchs bezieht, nach dem vom LFA. festgestellten Sachverhalte vom Rechtsstandpunkt aus nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer hat ausgeführt, daß die von ihm übernommene Bierbezugsverpflichtung nicht zur Grunderwerbsteuer herangezogen werden könne, weil sie auf das Grundstück als solches keinen Bezug habe, sondern das auf dem Grundstück betriebene Geschäft berühre. Das ist aber nicht der entscheidende Gesichtspunkt. Nach § 12 Abs. 2 des GrErwStG. bestimmt sich der Preis nach dem Gesamtbetrage der Gegenleistung, einschließlich der vom Erwerber übernommenen ... Leistungen. Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob diese Leistungen mit dem Grundstück zusammenhängen oder nicht. Auch die Übernahme gänzlich grundstücksfremder Leistungen kann einen Teil der Gegenleistung und damit des Preises bilden. Das LFA. hat festgestellt, daß die vom Beschwerdeführer übernommenen Gegenleistungen ausschließlich Leistungen für die Verpflichtung zur Verschaffung des Grundstücks und des Inventars seien. Der Beschwerdeführer hat demgegenüber geltend gemacht, ein Grundstück, auf dem schon bisher eine Gastwirtschaft betrieben worden sei, erhalte für den jeweiligen Besitzer einen erhöhten Wert dadurch, daß bei Erteilung der gewerbepolizeilichen Betriebserlaubnis in St. die Bedürfnisfrage regelmäßig ohne besondere Prüfung bejaht werde. Der Verkäufer eines solchen Grundstücks verschaffe dem Erwerber demnach nicht nur das Eigentum an dem Grundstück, sondern außerdem auch die Möglichkeit, ein Geschäft zu betreiben, das er nicht an jedem beliebigen Orte betreiben dürfe. Diese Möglichkeit werde für den Erwerber überhaupt regelmäßig der bestimmende Grund für den Erwerb sein. Der Beschwerdeführer ist demnach der Meinung, daß die Leistungen des Verkäufers dreifacher Art gewesen seien:

a) Übertragung des Grundstückseigentums,
b) Überlassung des Wirtschaftsinventars,
c) Verschaffung einer für die Ausübung des Wirtschaftsbetriebs wesentlichen Vorbedingung.

Die Leistung zu c kann aber neben der zu a nicht bestehen. Vielmehr wird die Möglichkeit, die Wirtschaftserlaubnis zu erhalten, nach den eigenen Anführungen des Beschwerdeführers schon durch die bloße Übereignung des Grundstücks gegeben; sie ist eine werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks und wird deshalb durch die für das Grundstück ausbedungenen Gegenleistungen miterfaßt. Nach der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs (RFH. 2, 133) gilt das sogar dann, wenn für den Verzicht des Verkäufers auf die Schankerlaubnis ein besonderes Entgelt vereinbart ist. Daß hier der Verkäufer auf die ihm erteilte Schankerlaubnis verzichtet und dafür ein Entgelt ausbedungen habe, ist aber nicht einmal behauptet. Ebenso ist nicht geltend gemacht, daß das Geschäft, abgesehen von dem Inventar, also Firma, Warenzeichen, Ruf, Kundschaft usw. einen besonderen Wert gehabt habe, der im Preise zum Ausdruck gekommen sei.

Der RFH. hat auch angenommen, daß die Bierbezugsverpflichtung an sich eine geldwerte Leistung ist, die der Beschwerdeführer gegenüber den Veräußerern übernehmen konnte. Dabei ist hervorzuheben, daß es sich hier nicht um die *Begründung* einer Bierbezugsverpflichtung handelte, in welchem Falle die Frage nach deren Zusammenhange mit dem Grundstück oder mit dem Gewerbe vielleicht erheblich werden kann, sondern um die Übernahme einer schon bestehenden auf Grund einer besonderen Vertragsverpflichtung. Die Veräußerer ihrerseits hatten sich der Brauerei gegenüber für sich und ihre Rechtsnachfolger, das sind die Nachfolger im Geschäfte, gebunden. Kamen sie ihrer Verpflichtung nicht nach, so hatten sie Schadensersatzansprüche zu gewärtigen, die sie nur dadurch vermeiden oder mildern konnten, daß sie den Hypothekenbetrag unter Wahrung der Kündigungsfrist zurückzahlten. Dadurch, daß der Beschwerdeführer die Bierbezugsverpflichtung übernahm, wurden die Veräußerer von den gekennzeichneten Verbindlichkeiten frei. Die Übernahme der Bierbezugspflicht stellt sich deshalb als eine gegenüber den Veräußerern übernommene Leistung dar.

Die angefochtene Entscheidung muß aber aufgehoben werden, weil sie nicht erkennen läßt, wie das LFA. dazu gekommen ist, den Wert der Leistung auf 10 000 M zu bemessen. Beim gänzlichen Schweigen über diesen Punkt ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen,

---

Zu 5. Zwei Fragen sind in der obigen Entsch. unterschieden: einmal, ob die Bierbezugsverpflichtung zum Grundstück oder zum Schankwirtsgewerbe *Bezug* habe. Diese Frage ist mit Recht als unerheblich bezeichnet. Jede Leistung, die für den Erwerb des Grundstücks gewährt wird, auch die grundstücksfremde, kommt für die Preisbestimmung nach § 12 Abs. 2 GrErwStG. in Betracht. Wenn der Käufer sich etwa verpflichtet, den Töchtern des Verkäufers zwei Jahre hindurch Gesangunterricht zu erteilen, so kann dies eine Gegenleistung i. S. des § 12 Abs. 2 sein. Es kommt also nicht darauf an, ob die fragliche Verpflichtung zum Grundstück in Beziehung steht, sondern, und daß ist die zweite Frage, ob sie für *den Erwerb des Grundstücks* eingegangen ist, ob sie eine Gegenleistung für *diesen* darstellt, oder aber für den überlassenen Gewerbebetrieb. Das wird von den Umständen abhängen. Wenn der RFH. eine Gegenleistung für das Grundstück annimmt, so dürfte dem nach Lage des Falls im Ergebnis zuzustimmen sein. Die Übernahme der Bierbezugspflicht durch den Käufer enthält eine Schuldübernahme, die auf alle Fälle, mag sie der Gläubiger genehmigen oder nicht, eine Verpflichtung des Käufers dem Verkäufer gegenüber erzeugt, den Gläubiger zu befriedigen (§ 415 Abs. 3 BGB.). Dies Verhältnis ist in *engste Beziehung gesetzt zur Hypothek*, die der Käufer sich auf den Kaufpreis anrechnen lassen muß, und zwar ebenfalls kraft Schuldübernahme. Bei dieser engen Verknüpfung beider Leistungen ist es gerechtfertigt, ihnen den gleichen Charakter, und zwar — dann selbstverständlich — den der Gegenleistung für den Grundstückserwerb beizulegen und davon auszugehen, daß auch die Vertragschließenden das Verhältnis in diesem Sinne aufgefaßt haben.

JR. **Stillschweig**, Berlin.

daß das LFA. hierbei von rechtsirrtümlichen Anschauungen beherrscht war, und deshalb ist die Entscheidung i. S. des § 267 Ziff. 1 der RAbgO. fehlerhaft.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 11. Nov. 1921, II A 440/21.)

6. Der in der Entsch. v. 9. Dez. 1920 aufgestellte Rechtssatz, daß § 8 Abs. 1 Ziff. 2 des GrErwStG. nicht platzgreife, wenn ein zum eingebrachten Gute eines Ehegatten gehöriges Grundstück in die zwischen den Ehegatten bestehende Errungenschaftsgemeinschaft aufgenommen wird, ist auf die Fälle auszudehnen, daß ein Ehegatte schon vor der Eheschließung bei Vereinbarung der Errungenschaftsgemeinschaft sein Grundstück zufolge besonderer Abrede dem Gesamtgut mit Wirkung von der Eheschließung ab zuführt.†)

Der Beschwerdeführer hat mit seiner jetzigen Ehefrau vor der Eheschließung mit Wirkung vom Tage der Eheschließung ab die Errungenschaftsgemeinschaft des BGB. vereinbart. Dabei ist ferner ausbedungen worden, daß das Grundstück des Beschwerdeführers in das Gesamtgut fällt. Demgemäß wurde das Grundstück an die Eheleute aufgelassen und auf sie am 13. Juni 1921 umgeschrieben. Mit Recht wurde aus diesem Anlaß eine Grunderwerbsteuer von 400 ℳ erhoben. Der Fall liegt dem vom RFH. in dem Urteil v. 9. Dez. 1920 (RFH. 4, 129) entschiedenen ähnlich. Der Unterschied besteht nur darin, daß damals der den Übergang des Grundstücks in das Gesamtgut bezweckende Vertrag während der Ehe und während des Bestehens der Errungenschaftsgemeinschaft geschlossen war. Im jetzigen Falle ist der Übergang des Grundstücks in das Gesamtgut vor der Eheschließung in dem die Errungenschaftsgemeinschaft begründenden Ehevertrage vereinbart worden.

Damals hat der RFH. ausgesprochen, daß die Befreiungsvorschrift im § 8 Nr. 2 GrErwStG. nicht Platz greife, wenn ein zum eingebrachten Gute eines Ehegatten gehöriges Grundstück in die Errungenschaftsgemeinschaft aufgenommen wird. Diese Entsch. hat ihren Grund darin, daß das Grundstück an sich nicht zum Gesamtgut gehört, also nicht kraft Gesetzes in das Gesamteigentum der Eheleute übergeht, sondern kraft besonderen Rechtsgeschäfts durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch.

Diese Erwägungen, an denen festgehalten werden muß, treffen auch für den jetzigen Fall zu. Allerdings könnte es scheinen, als sollte durch die Worte des § 8 Abs. 1 Ziff. 2 „bei der Begründung der ehelichen Gütergemeinschaft" die Gesamtheit der Abmachungen getroffen werden, die in dem die Gütergemeinschaft einführenden Ehevertrag enthalten sind. Daß dies indessen nicht gemeint sein kann, ergibt sich schon daraus, daß die Steuerfreiheit dann von der Zufälligkeit abhinge, ob der Übergang eines Grundstücks in das Gesamtgut sofort bei Einführung der Gütergemeinschaft vereinbart wird oder später. Denn daß eine solche nachträgliche Vereinbarung keine „Änderung der Gütergemeinschaft" i. S. des § 8 Abs. 1 Ziff. 2 bedeutet, ist allgemein anerkannt. Wie nach § 8 Abs. 2 die Steuerfreiheit nach den Ziff. 3 und 4 dieses Paragraphen nur den Ehegatten zukommt, die auf Grund des bestehenden Güterstandes ohne rechtsgeschäftliche Übertragung Miteigentum erwerben, so will auch Ziff. 2 nur die Eigentumsveränderungen begünstigen, die kraft der gesetzlichen Gütergemeinschaft nach § 1438 Abs. 2, § 1519 Abs. 2 ohne rechtsgeschäftliche Übertragung in das Gesamtgut fallen, nicht aber solche, die — wie hier — auf besonderen, den gesetzlichen Zustand abändernden Vereinbarungen beruhen.

§ 8 Abs. 1 Ziff. 2 stimmt wörtlich überein mit § 7 Ziff. 2 RZuwStG. v. 14. Febr. 1911 und ist aus diesem Gesetze übernommen. Schon im Jahre 1911 hat sich das Reichsschatzamt in dem hier erörterten Sinne ausgesprochen, allerdings in erster Linie für die Fälle, daß bei bestehender Ehe Vereinbarungen der in Rede stehenden Art getroffen sind (Amtl. Mitt. über die Zuwachssteuer 1911 S. 254). Es hat sich nämlich dahin geäußert:

> „Geht bei bestehender Ehe ohne Änderung des Güterstandes ein Grundstück aus einer der rechtlich gesonderten Vermögensmassen an eine andere über, wird z. B. ein bisher zum Gesamtgut gehörendes Grundstück dem Manne unter Überführung in dessen Vorbehaltsgut zum Alleineigentum übertragen, so liegt ein Fall der Steuerfreiheit nach § 7 Abs. 1 Ziff. 2 noch nicht vor. Es handelt sich dann nicht um eine Aufhebung der Gütergemeinschaft, sondern um die Ausscheidung eines ein-

---

Zu 6. Die Entsch. befriedigt — ebenso wie die in JW. 1921, 602[16] abgedruckte v. 9. Dez. 1920 — weder hinsichtlich des Ergebnisses, noch hinsichtlich der juristischen Begründung. Mit Recht hat Endemann JW. 1921, 602 gegen die erwähnte Entsch. Einwendungen erhoben. Der beiden Entscheidungen gemeinsame Kern liegt in dem a priori aufgestellten, unbewiesenen Axiom, daß Ziff. 2 des § 8 GrErwStG. „nur die Eigentumsveränderungen begünstigen wolle, die kraft der gesetzlichen Gütergemeinschaft nach §§ 1438 Abs. 2, 1519 Abs. 2 BGB. ohne rechtsgeschäftliche Übertragung eintreten". Was ist eine „gesetzliche Gütergemeinschaft"? Der RFH. hat mit diesem Ausdruck offenbar die im BGB. geregelten drei Arten der Gütergemeinschaft im Auge, die indes durchweg keine „gesetzlichen", sondern vereinbarte Güterstände darstellen, wie die Überschrift des Teils II des 6. Titels, sowie der § 1432 BGB. ausdrücklich aussprechen. Die Gütergemeinschaften sind dermaßen nachgiebigen Rechts, daß die Eheleute nicht nur frei vereinbaren können, ob sie überhaupt eine Gütergemeinschaft für sich einführen wollen, sondern auch ob sie deren Inhalt selbst festsetzen oder einen der im BGB. geregelten Güterstände wählen oder ihn mit vereinbarten Abänderungen versehen wollen. Hinsichtlich der letzteren gibt es nur bestimmte Grenzen der Vertragsfreiheit, wie z. B. in §§ 1518, 1526 Abs. 2, 1555 BGB. Es ist jedenfalls hinsichtlich der Frage, „gesetzlicher oder vereinbarter Güterstand" völlig gleichbedeutend, ob eine der im BGB. geregelten Gütergemeinschaften im ganzen oder mit Änderungen eingeführt wird; in beiden Fällen gilt ein vereinbarter Güterstand, ein Güterstand kraft Privatwillens.

Was berechtigt nun den RFH., den Begriff der „ehelichen Gütergemeinschaft" in § 8 Abs. 1 Ziff. 2 GrErwStGG. in dem einschränkenden Sinne einer der durch das BGB. geregelten, unveränderten Gütergemeinschaften zu verstehen? Die Begründung ergibt hierfür nichts; der Wortlaut des Gesetzes auch nichts. Die Erwähnung der „Änderung" der Gütergemeinschaft in § 8 Ziff. 2 spricht dafür, daß auch Abänderungen des Inhalts der Gütergemeinschaften Steuerfreiheit genießen sollen. Der RFH. will zwar unter einer Änderung der Gütergemeinschaft nur den Übergang von der einen im BGB. geregelten Gütergemeinschaft zu einer anderen dort geregelten Gütergemeinschaft verstehen, z. B. von der allgemeinen Gütergemeinschaft zur Fahrnisgemeinschaft. Aber Ott, der diese Auffassung teilt, hat in den Zeitgemäßen Steuerfragen 1921, 189 ff. nachgewiesen, daß die Bestimmung des § 8 Ziff. 2, soweit sie sich auf die Änderung der Gütergemeinschaft bezieht, gegenstandslos ist, niemals praktisch werden kann. Damit ist die zugrunde gelegte Auslegung des Begriffs der „Änderung der Gütergemeinschaft" ad absurdum geführt, also widerlegt. Sie stellt übrigens eine petitio principii dar.

Auch dem Wesen der Sache ist kein Grund zu entnehmen, weshalb das Gesetz die Steuerfreiheit nur gewähren sollte, wenn die Eheleute einen der im BGB. geregelten Vertragstypen ungeändert als für sich geltend vereinbaren. Weder vom rechtspolitischen, noch vom steuerlichen Standpunkt aus besteht irgendein Interesse daran, eine Prämie auf die Unterlassung von Änderungen an den Bestimmungen der §§ 1437—1557 BGB. festzusetzen. Mit Recht weist Endemann JW. 1921, 602 darauf hin, daß die Parteien ja auch die allgemeine Gütergemeinschaft hätten vereinbaren können und dann sämtliche Grundstücke, die sie besaßen, steuerfrei in das Gesamtgut überführt hätten. Weshalb sollen sie Steuer entrichten, wenn sie — was das Gesetz ihnen völlig freistellt — eine „eingeschränkte allgemeine Gütergemeinschaft" vereinbaren, bei der nur einzelne der vorhandenen Grundstücke ins Gesamtgut fallen und auch die später durch Erbschaft, Schenkung usw. erworbenen Grundstücke Sondergut bleiben sollen? Diese Frage beantwortet der RFH. nicht mit dem rein formalen Hinweis, daß im vorliegenden Falle eben eine allgemeine Gütergemeinschaft nicht vereinbart ist, sondern daß juristische Abweichungen von dieser bestehen. Auch der Hinweis auf Lion, Zuwachssteuergesetz S. 96 und Cuno zieht nicht, da im vorliegenden Falle ja eine Gütergemeinschaft „im ganzen" eingeführt ist und der § 8 Ziff. 2 von der „allgemeinen Gütergemeinschaft" ebensowenig spricht, wie von der Fahrnis- oder Errungenschaftsgemeinschaft. Gegenüber der Beweisführung des RFH. ist auf § 4 RAbgO. zu verweisen: Bei Auslegung der Steuergesetze sind ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen. Zweck des § 8 Ziff. 2 ist es aber, die durch die Regelung des ehelichen Güterstandes verursachten Eigentumsveränderungen steuerfrei zu lassen, um den Eheleuten die vielfach auf eingewurzelten Traditionen beruhende Vereinbarung einer Gütergemeinschaft nicht zu erschweren. Diesem Zweck war jedoch auch der oben abgeurteilte Fall unterzuordnen.

Die, auch in meiner Ausgabe des Grunderwerbsteuergesetzes (Anm. 5 zu § 8) angezogene Entsch. OVG. 66, 12 reicht zur Stützung der einschränkenden Auslegung des § 8 Ziff. 2 nicht aus, weil sie den Satz, daß die Steuerfreiheit bei den kraft Gesetzes sich vollziehenden Eigentumsveränderungen infolge Begründung der ehelichen Gütergemeinschaft eintritt, mehr nebenbei ausspricht und die Entscheidung selbst darauf gründet, daß in dem fraglichen Falle das Eigentum direkt von der Mutter der Ehefrau auf deren Ehemann übertragen worden war. Bei eingehender Prüfung halte ich die widerspruchslose Anführung von OVG. 66, 12 in Anm. 5 zu § 8 meiner Gesetzesausgabe nicht aufrecht, möchte vielmehr jeden Eigentumswechsel, der organisch auf einer Begründung, Änderung, Fortsetzung oder Aufhebung einer ehelichen Gütergemeinschaft beruht, mag er auch durch Auflassung bewirkt worden sein, für steuerfrei halten, während ein bloß gelegentlich mit der Begründung usw. der Gütergemeinschaft verknüpftes Grundstücksgeschäft der Steuer ebenso unterliegt, wie die Veräußerung von Grundstücken des einen Ehegatten an den anderen, sei es auch auf dem Umwege über das Gesamtgut einer Gütergemeinschaft, z. B. Eingebrachtes der Frau — Gesamtgut — Vorbehaltsgut des Mannes.

RA. Dr. Ernst Hagelberg, Berlin.

zelnen Vermögensstücks aus dem Gesamtgut der in ihrer Rechtsform unverändert fortbestehenden Gütergemeinschaft. Nur wenn der Güterstand geändert, wenn z. B. allgemeine Gütergemeinschaft in Fahrnisgemeinschaft umgewandelt wird, sind die hierbei erfolgenden Grundstücksübertragungen nach Ziff. 2 zuwachssteuerfrei."

Im Einklang hiermit hat das PrOVG. in einer Entsch. v. 6. Jan. 1914 (Entsch. des OVG. 66, 12 = Amtl. Mitt. 1914, 96) ausgesprochen, daß mit der Vorschrift des § 7 Abs. 1 Ziff. 2 der bei Eintritt eines dort benannten Vorganges sich **kraft Gesetzes** vollziehende Eigentumsübergang als steuerfrei bezeichnet werde. Das OVG. steht also vollständig auf dem hier vertretenen Standpunkt.

Im Schrifttum ist, soweit ersichtlich, überall dieselbe Auffassung vertreten. So sagt **Lion** (Zuwachssteuergesetz S. 96): „Dabei ist zu bemerken, daß in der vorliegenden Bestimmung die Regelung nur für den Eintritt usw. des Güterstandes **im ganzen** erfolgt ist." Ihm schließt sich **W. Cuno** (Erläuterungsbuch zum Zuwachssteuergesetze S. 125) an. Er fügt noch hinzu: „Sie gilt nicht auch für das einzelne Rechtsgeschäft über einen bestimmten Vermögensbestandteil."

Da sich das Grunderwerbsteuergesetz an das Zuwachssteuergesetz anlehnt, und zwar, wie man annehmen muß, in Kenntnis des Standes der Rechtslehre und der Rechtsprechung, so ist der Schluß gerechtfertigt, daß das Grunderwerbsteuergesetz den § 8 Ziff. 2 in demselben Sinne verstanden wissen will. Anderenfalls würde man die Fassung geändert haben. Auch die Erläuterer des Grunderwerbsteuergesetzes stehen, soweit ersichtlich, sämtlich auf diesem Standpunkt. Als einzige abweichende Stimme ist nur die von **Endemann** JW. 1921, 602 zu verzeichnen. **Endemann** glaubt daraus einen Gegenschluß ziehen zu können, daß im § 8 Abs. 2 Satz 2 die Steuerbefreiung für die Fälle der Ziff. 3 und 4 davon abhängig gemacht sei, daß der Ehegatte Miteigentum ohne rechtsgeschäftliche Übertragung erwerbe, während ein solcher Satz in Ziff. 2 fehle. Wenn indessen hier nur die unveränderten gesetzlichen Güterstände gemeint sind — und das hat man anzunehmen —, so war der Zusatz überflüssig, wie die Worte „ohne rechtsgeschäftliche Übertragung" auch im Abs. 2 vielleicht hätten fehlen können. Völlig fehl geht aber **Endemann**, wenn er daraus etwas herleiten zu können glaubt, daß die Eheleute die allgemeine Gütergemeinschaft hätten vereinbaren können und dann steuerfrei gewesen wären. Denn die Eheleute haben eben nicht die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart. Auch im vorliegenden Falle wäre keineswegs das Ergebnis das gleiche gewesen, wenn die Ehegatten die allgemeine Gütergemeinschaft eingeführt hätten. Für diese gilt z. B. nicht § 1521, und auch sonst kann sich die Rechtslage bei der Errungenschaftsgemeinschaft anders gestalten als bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, obwohl, wie es scheint, beide Eheleute ihr gesamtes Vermögen in das Gesamtgut eingeworfen haben.

Das LFA. hat ferner geprüft, ob etwa der Übereignung des Grundstücks an das Gesamtgut eine Schenkung zugrunde liegt, und ob aus diesem Grunde nach § 8 Ziff. 1 des Gesetzes Steuerfreiheit geboten ist. Es hat aber diese Frage aus tatsächlichen Erwägungen, deren Nachprüfung dem RFH. entzogen ist, verneint.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 18. Nov. 1921, II A 535/21.)

×7. GrErwStG. § 21 Abs. 2. Die GrErwSt. wird auch dann nicht erhoben, wenn aus einer Kirchengemeinde eine Tochtergemeinde ausgegrenzt und dieser hierbei Grundeigentum von der Muttergemeinde übertragen wird. †)

Der Steuerstreit betrifft den Übergang des Eigentums an einem Grundstück, das bei Abzweigung der katholischen Filialkirchengemeinde C. von der katholischen Kirchengemeinde D. von dieser an jene übereignet worden ist. Die Vorinstanzen haben diesen Eigentumsübergang als nach dem GrErwStG. steuerpflichtig erklärt. Die Rechtsbeschwerde will ihn steuerfrei gestellt wissen. Der Rechtsbeschwerde ist stattzugeben.

Mit Recht stützt sich die Rechtsbeschwerde auf § 21 Abs. 2 des GrErwStG., nach dem eine Steuer nicht erhoben wird bei dem Übergang von Eigentum gelegentlich der Übernahme einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes durch eine andere oder der Grenzveränderungen unter solchen Körperschaften.

Wie die Begr. des Regierungsentwurfs (Drucks. der NatVers. 1919 Nr. 374 S. 25) zu der dort im § 20 Abs. 2 enthaltenen gleichlautenden Vorschrift ausdrücklich erwähnt, ist die Vorschrift bestimmt, allgemein den Übergang des Eigentums durch Gebietsverschiebungen unter Körperschaften des öffentlichen Rechtes zu befreien und dadurch, wie es heißt, die abweichende unbillige Rechtspr. des PreußOVG. nach dem Urt. v. 30. Sept. 1914 (OVG. 68, 164) auszuschalten. Der dort als steuerpflichtig erklärte Fall betraf, wie vorliegend, die Übertragung von Eigentum an Grundstücken von einer katholischen Kirchengemeinde auf eine abgezweigte Tochtergemeinde.

Die Vorinstanz gibt zu, daß der gesetzgeberische Grund für die Befreiung des § 21 Abs. 2 in der Befreiung solcher Eigentumsübertragungen zu suchen sei, die auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes liegen, und daß dieser Grund auch für die Freilassung von Grundstücksübertragungen aus Anlaß der Abzweigung einer Filialkirchengemeinde hätte sprechen müssen. So wie der Wortlaut der Gesetzesvorschrift laute, habe der Gesetzgeber diese seine Absicht aber nicht erreicht.

Daß der Gesetzgeber Fälle der vorliegenden Art hat freilassen wollen und daß ihm bei Aufnahme der Vorschrift gerade Fälle der vorliegenden Art vorgeschwebt haben, ergibt die ausdrückliche Bezugnahme auf das angeführte Urt. des PreußOVG. Der Grundgedanke ist der, daß bei fortdauernder Zweckbestimmung des einem bestimmten öffentlichen Zwecke dienenden Grundstücks der formale Wechsel in der Person des Trägers der Zweckbestimmung keine Grunderwerbsteuerpflicht auslösen solle. Diesem als zweifellose Absicht des Gesetzgebers feststehenden Gedanken muß nach § 4 der RAbgO. Geltung verschafft werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies nur dann geschehen kann, wenn der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegensteht, sondern noch als genügender Ausdruck für die Absicht des Gesetzgebers angesehen werden kann, oder auch dann, wenn sich der Gesetzgeber im Wortlaut völlig vergriffen hat. Denn vorliegend steht der Wortlaut der Absicht des Gesetzgebers nicht entgegen. Wenn das Gesetz von der Übernahme einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes durch eine andere spricht, so kann damit nichts anderes gemeint sein, als daß **öffentlich-rechtliche Funktionen** ihre Verkörperung in einem Rechtssubjekte wechseln. Denn eine Körperschaft ist nichts anderes als die Verkörperung eines öffentlichen Zweckes und Übernahme einer öffentlichen Körperschaft durch eine andere kann nichts anderes als die Verknüpfung des fortbestehenden Zweckes in einer anderen Rechtspersönlichkeit bedeuten. Das aber ist ebensowohl dann der Fall, wenn von zwei bereits bestehenden Korporationen die eine die Funktionen der anderen mitübernimmt, als auch dann, wenn die Verfolgung desselben öffentlichen Zweckes, statt wie bisher in einer, künftig, unter örtlicher Teilung der Ausübung der Funktion, in verschiedenen Rechtspersönlichkeiten verkörpert wird.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 7. März 1922, II A 538/21.)

×8. Über die Zerlegung des Kaufpreises, wenn beim Verkauf einer preußischen Apotheke neueren Rechtes, auf die die Kabinettsorder vom 5. Oktober 1846 und der Ministerialerlaß vom 21. Oktober 1846 Anwendung finden, für Verzicht auf die Betriebserlaubnis und für Überweisung von Kundschaft und Firmenrecht im Vertrage besondere Beträge angesetzt sind. †)

Der Apothekenbesitzer verkaufte durch notariellen Vertrag v. 5. Juli 1920 an den Steuerpflichtigen die in J. belegene „Löwenapotheke mit allem Inventar, Einrichtungsgegenständen und allem Zubehör". Weiter heißt es in dem Vertrage: Der Kaufpreis wird wie folgt vereinbart: Grundbesitz 175 000 ℳ, Vergütung für den Verzicht auf die Apothekenkonzession 300 000 ℳ, Vergütung für die Überweisung der Kundschaft und des Firmenrechts 50 000 ℳ, Vergütung für überlassenes Inventar und Einrichtungsgegenstände 100 000 ℳ, Vergütung für überlassene noch vorhandene Waren nach besonderer Aufstellung 100 000 ℳ, zusammen: 725 000 ℳ. Der Kaufpreis wurde in der Weise belegt, daß der Steuerpflichtige die auf dem Grundstück ruhenden Hypotheken mit 550 000 ℳ übernahm und 175 000 ℳ bar zu zahlen versprach.

Nachdem am 3. Jan. 1921 die Umschreibung im Grundbuch stattgefunden hatte, wurde der Steuerpflichtige zur Grunderwerbsteuer in Höhe von 22 000 ℳ veranlagt. Die Steuerstelle nahm den auf das Unbewegliche entfallenden Preis auf 550 000 ℳ, d. h. den Betrag der vom Steuerpflichtigen übernommenen Hypotheken, an und erhob hiervon 4%. Sie ging davon aus, daß der Wert des Grundstücks stets wenigstens dem Betrage der übernommenen Hypotheken gleichkomme. Der Steuerpflichtige dagegen führte aus, daß die Hypothekenbeträge über den Wert des Grundstücks hinausgingen, daß für die überschießenden Hypothekenforderungen die Betriebs-

---

Zu 7. Der Entscheidung ist im Ergebnis beizutreten. Daß der hier entschiedene Fall nach dem Willen des Gesetzgebers Steuerfreiheit genießen soll, ist in der Begründung des Gesetzes ausdrücklich hervorgehoben. Mit den Worten „Übernahme einer Körperschaft des öffentlichen Rechts durch eine andere" ist also in Wahrheit nichts anderes als „Übernahme der **Funktionen** einer Körperschaft des öffentlichen Rechts durch eine andere" gemeint. Bei der allgemein wenig glücklichen Fassung des Gesetzes bleibt eine derartige dem Willen des Gesetzgebers angepaßte Deutung immer noch eine im Sinne von § 4 RAO. zulässige und gebotene „Auslegung".

RA. Dr. A. Bergschmidt, Berlin

Zu 8. Die Entscheidung unterliegt erheblichen Bedenken. Apothekenkonzessionen des neueren Rechts sind — wie im Urteil zutreffend geschildert — selbständig, d. h. ohne das Apothekengrundstück übertragbar. Die Veräußerung einer derartigen Konzession hat eine doppelte Wirkung: in öffentlich-rechtlicher Beziehung die Übermittlung der behördlichen Betriebserlaubnis, in privatrechtlicher Beziehung die Übertragung des kaufmännischen Apothekengeschäfts, d. i. die Summe der geschäftlichen Beziehungen des gewerblichen Unternehmens als solchen. Die Übertragung des Apothekengeschäfts schließt begrifflich die Überlassung des Kundenkreises ein; dagegen nicht notwendig die Überlassung der Firma, die gegebenenfalls einen

erlaubnis als Sicherheit zu gelten habe und daß nur aus Mangel einer Form die Eintragung in das Grundbuch gewählt worden sei. Sein Einspruch blieb ohne Erfolg. Dagegen wurde auf seine Berufung die Steuer auf 7000 ℳ herabgesetzt, weil der Kaufpreis auf 175 000 ℳ vereinbart und der gemeine Wert nicht höher sei. Die hiergegen von dem Magistrat als Grunderwerbsteuerstelle eingelegte Rechtsbeschwerde ist zum größten Teil begründet:

Die angefochtene Entscheidung beruht auf Rechtsirrtum. Denn der Bezirksausschuß nimmt ohne weiteres an, daß in dem Vertrag ein Preis für das Grundstück (ohne die mitveräußerten steuerfreien Gegenstände) von 175 000 ℳ vereinbart worden sei. In dem Kaufvertrag ist die „Apotheke“ mit allem, was dazu gehört, als wirtschaftliche Einheit verkauft, und es ist der Gesamtpreis auf 725 000 ℳ vereinbart. Dieser Preis ist in Einzelbeträge für die einzelnen Gegenstände aufgelöst. Eine solche Preiszerlegung ist aber für die Steuerbehörden nicht bindend, denn sie ist der Regel nach nur tatsächlicher, nicht rechtsgeschäftlicher Art. Nur wenn angenommen werden kann, daß die einzelnen Gegenstände gesondert Gegenstand des Vertrags bilden sollten und nur äußerlich in einer Urkunde behandelt worden sind, kann eine wirkliche Vereinbarung von Einzelpreisen angenommen werden (vgl. Boethke im PrVerwBl. 41, 121; Mrozek RAbgO. § 5 S. 180; PrOVG. 75, 125). Deshalb war die angefochtene Entscheidung aufzuheben.

Die Sache ist spruchreif. In der Rechtsbeschwerdeschrift stellt der Magistrat neu die Behauptung auf, daß es sich um eine subjektiv dingliche, mit dem Grundstück verbundene, Apothekenberechtigung alten Rechtes handele, die nach § 96 BGB. als Bestandteil des Grundstücks gelte und als solcher ohne weiteres mit dem Grundstück der Grunderwerbsteuer unterliege. Diese Behauptung ist, da dem Rechtsbeschwerdegerichte nach Aufhebung der Vorentscheidung die freie Beurteilung auch der Tatsachen zusteht, an und für sich zu beachten. Es kommt auf sie aber nicht an, da das Ergebnis dasselbe ist, wenn man von der bisherigen Auffassung ausgeht, daß es sich um eine Apotheke neueren Rechtes, nämlich um eine solche handelt, auf die die nicht veröffentlichte Kabinettsorder v. 5. Okt. 1846 und der sich an diese anschließende Ministerialerlaß v. 21. Okt. 1846 (MinBl. der inn. Verw. 210) Anwendung finden. Auf Grund dieser erteilte Erlaubnisse sind rein persönlich und haben auch nicht die Eigenschaft selbständiger Gerechtigkeiten. Durch Verwaltungsübung haben sie jedoch in gewisser Hinsicht die Natur der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit erhalten. Der Erlaß besagt, daß die Regierungen angewiesen werden, beim Ausscheiden eines nicht privilegierten Apothekers aus seinem Geschäfte die Konzession dem von dem abgehenden Apotheker oder dessen Erben präsentierten Geschäftsnachfolger, sofern derselbe vorschriftsmäßig qualifiziert ist, jedoch immer nur für seine Person und unter ausdrücklichem Vorbehalte der Wiedereinziehung der Konzession bei seinem dereinstigen Abgang zu erteilen (vgl. Entsch. des PrOVG. 38, 98). Wenngleich nun eine solche Erlaubnis, rechtlich betrachtet, nicht von einem Inhaber auf den anderen übergehen kann, sondern nach Erlöschen in der Person des Nachfolgers neu entsteht, so wird das Sachverhältnis im Verkehre doch wie ein Übergang der Erlaubnis behandelt, und man sieht die Erlaubnis als eine Art Zubehör des Apothekengrundstücks an. Der Umstand, daß auf einem Grundstück vom Eigentümer eine Apotheke betrieben wird und daß dieser damit rechnen kann, daß die Betriebserlaubnis auch einem von ihm benannten geeigneten Erwerber erteilt wird, wird in Würdigung der Verhältnisse, wie sie sich *tatsächlich* gestaltet haben, ohne Rücksicht auf die rechtliche Gestaltung im Verkehr als werterhöhende Eigenschaft des Grundstücks angesehen und hat zur Folge, daß sich der Wert des Grundstücks tatsächlich erhöht. Das kommt, wie hier, auch dadurch zum Ausdruck, daß man keinen Anstand nimmt, das Grundstück über seinen ursprünglichen Wert zu belasten. Die Ansicht des Beschwerdeführers, daß die Eintragung von Hypotheken nur aus Mangel einer Form geschehe, trifft nicht zu. Denn die Gläubiger wollen durch die Eintragung eine Sicherheit erlangen, die ihnen fehlen würde, wenn die Forderungen nicht durch den Wert des Grundstücks und der Gegenstände, die sonst für die Hypothek haften, gedeckt wären. Die Hypothek erstreckt sich aber nicht auf die Apothekenbetriebserlaubnis ebensowenig wie auf die Apothekerwaren und die Einrichtung (§ 1120 BGB.), letzteres deshalb nicht, weil das Gebäude für den Apothekenbetrieb nicht besonders eingerichtet ist, wie etwa ein Gebäude zum Betrieb einer Mühle, einer Schmiede, einer Fabrik eingerichtet sein muß, wenn die entsprechenden Gewerbe dort betrieben werden sollen, und die Gegenstände deshalb Zubehör des Grundstücks sind (§§ 97, 98 BGB.).

Demgemäß ist der Verzicht auf die Apothekenkonzession, der übrigens eine notwendige Folge davon ist, daß das Grundstück an einen Apotheker zwecks Weiterbetriebs der Apotheke veräußert wird, nichts anderes als der Ausdruck dessen, daß der Wert des Grundstücks sich durch das Vorhandensein und den dauernden Betrieb der Apotheke entsprechend erhöht hat. Dies hat der RFH. für Apotheken bei Anwendung des RStempG. TarifSt. 11 und des BesStG. sowie für Gastwirtschaften schon wiederholt ausgesprochen (RFH. 1, 120; 2, 133, 306; 4, 158). Hieran muß auch für die Grunderwerbsteuer trotz einzelner entgegenstehender Stimmen im Schrifttum festgehalten werden.

Auch die Vergütung für die Überweisung der Kundschaft und des Firmenrechts muß dem Grundstückspreise zugeschlagen werden. Denn bei Apotheken, die an einen bestimmten örtlichen Bezirk gebunden sind, ist die Kundschaft großenteils örtlich bedingt, und das Firmenrecht hat keinen selbständigen Wert (siehe auch Greiff, RStempG. Anm. 117 g zu TarifNr. 1 S. 435 u. Anm. 102 d β zu TarifNr. 11 S. 715; außerdem RFH. 2, 119; 3, 141). Im vorliegenden Falle kommt noch hinzu, daß der für Kundschaft und Firma ausgeworfene Betrag noch durch die Hypotheken gedeckt wird.

Man geht deshalb nicht fehl, wenn man den Grundstückspreis auf 175 000 + 300 000 + 50 000 = 525 000 ℳ bemißt, das übrige aber auf das Geschäft rechnet. Allerdings geht der Gesamtbetrag der Hypotheken hierüber noch hinaus. Daraus folgt jedoch nicht, daß der Grundstückswert notwendigerweise so hoch sein muß. Denn es ist nicht ausgeschlossen, daß das Grundstück über seinen Wert belastet ist. Der Magistrat (FA.) hat die Entsch. des RFH. v. 22. Okt. 1919 (RFH. 1, 220) mißverstanden, wenn er ausführt, daß die Grundwechselabgabe wenigstens in Höhe der übernommenen Hypotheken und des Restes des hypothekarisch sicherzustellenden Kaufpreises zu erheben sei. Der RFH. hat nur ausgesprochen, daß das, was die Beteiligten als *Entschädigung für den Erlaubnisverzicht* bezeichnen, mindestens bis zur vollen hypothekarischen Belastung ein Teil des Grundstückskaufpreises sei. Im vorliegenden

---

erheblichen eigenen Vermögenswert darstellen kann. Der Satz des Urteils „Das Firmenrecht hat keinen selbständigen Wert“ ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Gewiß kann die Firma nicht ohne das Geschäft veräußert werden (§ 23 HGB.), wohl aber das Geschäft ohne Firma. Die Tatsache, daß die Firma mit veräußert wird, kann sehr wohl ein erhebliches eigenes Entgelt rechtfertigen. — Wird die Konzession gleichzeitig und gemeinsam mit dem Grundstück verkauft, so unterliegen zwei verschiedene Vermögensgegenstände der Veräußerung. Es ist nur natürlich und sachgemäß, wenn jede der Kaufsachen von den Parteien gesondert gewertet wird. Hierbei wird der Wert der Konzession bzw. des Geschäfts neben dem Grundstückswert beträchtlich ins Gewicht fallen. Dies stellt sich sofort heraus, wenn das Grundstück ohne die Konzession zur Veräußerung gelangt, z. B. in der Zwangsversteigerung. Auch der Verkehr unterscheidet durchaus den Wert des Grundstücks von dem der Konzession. Dies gilt auch, wenn im Einzelfall das Grundstück im Hinblick auf die Konzession mit Hypotheken weit über seinen Wert belastet wird. Es ist durchaus nicht gesagt, daß in solchen Fällen die Parteien den selbständigen Vermögenswert von Grundstück und Konzession verkennen; sie unterliegen lediglich dem Irrtum, daß die Konzession wie Zubehör für die Hypothek mit verhaftet sei. Zu Unrecht zieht das Urteil aus derartigen gelegentlichen Mißverständnissen einzelner den Schluß, daß der Verkehr die Konzession nur als wertsteigernde Eigenschaft des Grundstücks und nicht als eigenes Vermögensobjekt ansehe. Die Tatsache, daß bei gemeinsamer Veräußerung des Grundstücks und der Konzession zwei durchaus verschiedene Vermögensstücke umgesetzt werden, von denen jedes selbständig veräußerlich ist und jedes eigenen Wert besitzt, ist durch keine noch so künstliche Überlegung aus der Welt zu schaffen. Es setzt daher in Erstaunen, wenn der RFH. als feststehenden Grundsatz ausspricht, der Verzicht auf die Apothekenkonzession sei nichts anderes als der Ausdruck dessen, daß der Wert des Grundstücks sich durch das Vorhandensein und den dauernden Betrieb der Apotheke entsprechend erhöht habe. Dieser Satz, der obendrein auch für andere Betriebe, wie Gastwirtschaften, Geltung haben soll, widerspricht durchaus den tatsächlichen Verhältnissen. Der Verzicht auf die Apothekenkonzession ist nicht der Ausdruck einer Wertsteigerung des Grundstücks, sondern der Ausdruck für Überlassung durchaus wirklicher Vermögenswerte, der öffentlich-rechtlichen Betriebserlaubnis und des kaufmännischen Gewerbebetriebes als solchen. Daß ein Gewerbebetrieb, ganz abgesehen von irgendwelchen Aktiven und auch von der Firmenübertragung, rein als Summe der geschäftlichen Beziehungen selbständig veräußert werden kann und unter Umständen sehr hoch zu bewerten ist, lehrt die alltägliche Übung und ist im Rechtsleben allgemein anerkannt. Gerade bei der Apotheke ist aber das Geschäft als solches, das nur in Gestalt der Konzession erworben werden kann, wegen der weitgehenden Ausschaltung des Wettbewerbes besonders wertvoll. Die Veräußerung eines Apothekengrundstücks bei gleichzeitiger Überlassung der Konzession neueren Rechts ist in keiner Weise anders zu beurteilen, als wenn ein Grundstück gleichzeitig mit dem darin betriebenen Handelsgewerbe irgendwelcher anderen Art veräußert wird. In derartigen Fällen kommen neben dem Grundstück für die Zerlegung des Kaufpreises besondere Wertfestsetzungen in Frage: für die Konzession einschließlich des Geschäftes, für die Firma, für sonstige Aktiven, wie Mobilien, Warenvorräte, Außenstände usw., für Tätigbleiben im Geschäft bis zur Einarbeitung des Erwerbers, für Räumung der Privatwohnung des Veräußerers. Dagegen kann für die Aufgabe der Geschäftsräume kein besonderes Entgelt veranschlagt werden; diese Leistung wird begrifflich mit dem Entgelt für die Geschäftsüberlassung abgegolten.

RA Dr. Bergschmidt, Berlin.

Falle reichen die im Vertrage für Erlaubnisverzicht, Kundschaft und Firma angesetzten Beträge an den Gesamthypothekenbetrag nicht heran. Es lag kein Anlaß vor, über 525 000 ℳ hinauszugehen, weil kein hinreichender Anhalt dafür gegeben ist einerseits, daß die für Einrichtungsgegenstände und Waren angesetzten Beträge von 200 000 ℳ nicht ihrem Werte entsprechen und andererseits, daß der auf 525 000 ℳ ermittelte Teil des Kaufpreises für das Grundstück selbst hinter dem gemeinen Werte zurückbleibt.

Hiernach war die Steuer auf $\frac{4}{100} \cdot 525000 = 21000$ ℳ festzusetzen.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 5. Jan. 1922, II A 552/21.)

×**9. 1. Der Formmangel eines Grundstücksveräußerungsgeschäfts wird gemäß § 313 Satz 2 des BGB. durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch auch dann geheilt, wenn die Eigentumsübertragung zwar nicht an den durch den Vertrag Berechtigten oder dessen Rechtsnachfolger erfolgt, aber doch als Erfüllung des Veräußerungsvertrages zu gelten hat.**

2. Nicht jeder zeitlich nachfolgende Eigentumsübergang macht alle vorangehenden Veräußerungsgeschäfte steuerpflichtig, wohl aber jeder, der die zu 1. angegebene Voraussetzung erfüllt.

GrErwStG. § 5 Abs. 3.†)

Am 21. Dez. 1920 hat Frau K. ihr Grundstück Bl. 83 der Stadt L., und die Stadt L. ihr Grundstück Bl. 24 dem Beschwerdeführer aufgelassen. Die Eigentumsübergänge sind im Grundbuch eingetragen und die Grunderwerbsteuern in beiden Fällen nach ihrem gemeinen Werte von je 100 000 ℳ auf je 4000 ℳ berechnet und bezahlt.

Außerdem ist aber durch Steuerbescheid v. 7. Febr. für eine angebliche Veräußerung des Grundstücks Bl. 83 seitens der Frau K. an den Beschwerdeführer eine Grunderwerbsteuer von 4000 ℳ von dem Beschwerdeführer gefordert. Einspruch und Berufung sind als unbegründet zurückgewiesen. Auch die Rechtsbeschwerde konnte keinen anderen Erfolg haben.

Tatsächlich festgestellt haben die Vorinstanzen: Frau K. hat ihr Grundstück in einem nur mündlich, also rechtsunverbindlich geschlossenen Vertrag an den Beschwerdeführer verkauft; der Beschwerdeführer bot dieses Grundstück der Stadt L. zum Tausch gegen deren Grundstück Bl. 24 an, und die Stadt nahm das Angebot an. Offenbar in der Absicht, Kosten zu ersparen, hat dann Frau K. ihr Grundstück unmittelbar der Stadt L. aufgelassen, während diese ihr Grundstück dem Beschwerdeführer aufließ. Die Vorinstanzen glauben auf diesen Tatbestand den § 6 GrErwStG. anwenden zu können.

Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde mit der Ausführung, daß in dem rechtsunverbindlichen Vertrage kein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft zu finden sei.

Das FA. entgegnet, daß evtl. auch der § 5 RAbgO. Platz greife, dem der Beschwerdeführer das Urteil des erkennenden Senats vom 24. März 1921 II A 366/20 — gemeint ist wohl II A 360/20 (RFH. 5, 173) — glaubt entgegenhalten zu können.

Dieser Hinweis ist jedenfalls verfehlt; denn der damals der Entscheidung unterbreitete Tatbestand war ein ganz anderer als vorliegend. Damals hatte der Verkäufer dem Beschwerdeführer oder einem von ihm zu benennenden Dritten in notarieller Verhandlung ein Kaufangebot gemacht, ein Dritter hatte die Offerte angenommen und die Auflassung von dem Verkäufer erhalten, so daß sich diese Entscheidung nur mit der Bedeutung eines derartigen Angebots und der Steuerpflichtigkeit einer Verkaufsofferte zu beschäftigen hatte und die Steuerpflichtigkeit feststellte. Es kann vorliegend auch dahingestellt bleiben, ob sich die Steuerpflichtigkeit des Kaufvertrags zwischen Frau K. und dem Beschwerdeführer aus § 6 GrErwStG. oder § 5 RAbgO. begründen läßt. Denn sie ergibt sich ohne weiteres aus § 5 Abs. 3 GrErwStG. in Verbindung mit § 313 Satz 2 BGB.

Nach § 5 Abs. 3 GrErwStG. tritt, falls mehrere Veräußerungsgeschäfte innerhalb eines Jahres vorliegen und eines von ihnen vor Ablauf des Jahres zum Eigentumsübergange führt, mit der Steuerpflicht des Eigentumsüberganges die Steuerpflicht derjenigen Veräußerungsgeschäfte ein, die dem zur Ausführung kommenden Veräußerungsgeschäfte vorangehen und ihrerseits nicht zum Eigentumsübergange geführt haben. Nun hat Frau K. ihr Grundstück an den Beschwerdeführer veräußert. Allerdings fehlt dem mündlich geschlossenen Veräußerungsvertrage die gesetzlich vorgeschriebene Form. Dieser Mangel wurde aber durch die nachfolgende Auflassung und Eintragung des Eigentumsüberganges in das Grundbuch geheilt. Wie das RG. in seiner Entsch. v. 19. Sept. 1914 (RG. 85, 273) nachgewiesen hat, setzt § 313 Satz 2 BGB. nicht eine Auflassung des Verkäufers an denjenigen, mit dem der formungültig geschlossene Vertrag getätigt ist, oder an einen Rechtsnachfolger oder Abkäufer von diesem voraus, sondern es genügt die Auflassung mit nachfolgender Eigentumsübertragung an einen Dritten, wenn hierdurch zugleich dem ersten Käufer gegenüber der mit diesem abgeschlossene Veräußerungsvertrag als erfüllt zu gelten hat. Hieran ist nach den von den Vorinstanzen getroffenen tatsächlichen Feststellungen vorliegend nicht zu zweifeln. Der Beschwerdeführer hatte das Grundstück von Frau K. gar nicht gekauft, um es für sich zu erwerben und zu besitzen, sondern um es als Tauschobjekt für den Erwerb des Grundstücks der Stadt L. zu benutzen. Der Zweck seines Erwerbes war gerade, es in das Eigentum der Stadt L. zu überführen, und durch seine Vermittlung kam der Veräußerungsvertrag zwischen Frau K. und der Stadt L. zustande; Frau K. wollte durch die Auflassung an letztere nicht nur ihrer Verpflichtungen gegen die Stadt L., sondern auch gegen den Beschwerdeführer ledig werden und der Beschwerdeführer hat die Auflassung an die Stadt L. zugleich als eine Erfüllung der Verpflichtungen der Frau K. gegen sich gewertet.

Hieraus ergibt sich nicht nur die Heilung des Formmangels bei dem mündlichen Kaufvertrage zwischen Frau K. und dem Beschwerdeführer, sondern auch der Eintritt der Steuerpflicht dieses Vertrags mit der Eintragung des Eigentumsüberganges von Frau K. auf die Stadt L. gemäß § 5 Abs. 3 GrErwStG. Zwar tritt die Steuerpflicht eines Veräußerungsvertrags nicht zugleich mit jedem zeitlich nach ihm liegenden Eigentumsübergange des Grundstücks ein, sondern nur durch einen solchen, der mit dem Veräußerungsgeschäfte durch inneren Zusammenhang verbunden ist. Dieser innere Zusammenhang braucht aber nicht durch eine Kette in der Art gebildet zu sein, daß der neue Eigentümer sein Recht von dem aus dem Veräußerungsgeschäfte berechtigten Zwischenmann rechtlich ableitet. Der innere Zusammenhang wird vielmehr auch schon dadurch hergestellt, daß die Auflassung und Eigentumsübertragung die Verpflichtung aus dem Veräußerungsgeschäft erlöschen läßt, also zugleich eine Erfüllung der dem Veräußerer nach ihm obliegenden Pflichten gegen den Zwischenmann enthält. Frau K. hat vorliegend den Kaufvertrag mit der Stadt L. abgeschlossen und das Grundstück an diese aufgelassen zu dem Zwecke, damit ihre Pflichten aus dem mit dem Beschwerdeführer geschlossenen Veräußerungsvertrage gegen diesen zu erfüllen, und zwar im Einverständnisse mit ihm. Steuerrechtlich kommt demnach die Sache auf das gleiche heraus, wie wenn Beschwerdeführer seine Rechte aus dem Veräußerungsvertrag an die Stadt L. abgetreten und Frau K. an die Stadt L. aufgelassen hätte.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 2. Dez. 1921, II A 452/21.)

10. Die Schenkung eines Grundstücks wird steuerrechtlich mit der Übertragung der wirtschaftlichen Herrschaft über das Grundstück an den Beschenkten vollzogen. †)

In der Rechtsbeschwerde bestreitet Beschwerdeführer die Schenkungssteuerpflicht für die auf Grund des notariellen Vertrags v.

Zu 9. Der Tatbestand ist nicht ganz klar. Wenn in dem formlosen Kaufvertrag zwischen Frau K. und dem Beschwerdeführer vereinbart war, daß Frau K. das Grundstück durch formellen Vertrag an die Stadt L. verkaufen und auflassen sollte, so ist dieser formelle Kaufvertrag K.—L. gemäß § 7 nicht zu berücksichtigen, und es liegen in Wirklichkeit zwei formlose, aber durch Auflassung und Eintragung geheilte verpflichtende Veräußerungsverträge vor, nämlich der Kauf zwischen Frau K. und dem Beschwerdeführer und der Tauschvertrag zwischen diesem und der Stadt L. In diesem Falle ist die Anwendung des § 5 Abs. 3 GrErwStG. gemäß den Ausführungen des RFH. klar. Es ist aber auch möglich, daß Frau K. und der Beschwerdeführer ihren Kaufvertrag nachträglich *aufgehoben* und daß Frau K. nunmehr den formellen Kaufvertrag mit der Stadt L. abgeschlossen hat. Diesen im Verkehr häufigeren Fall habe ich in Anm. 4 zu § 5 und Anm. 3 zu § 7 meiner Ausgabe des GrErwStG. behandelt. Er stellt, da der Zwischenmann den ersten Verkäufer von seiner Übereignungspflicht in Wirklichkeit ja niemals befreit, ihm die *freie Verfügung* über das an ihn, den Zwischenmann verkaufte Grundstück nicht wieder überlassen hat, eine verdeckte Übertragung der Rechte aus dem ersten Kaufvertrag an den letzten Erwerber, hier also die Stadt L., dar. Der formelle Kaufvertrag K.—L. ist dann ein Superfluum, das nur zur Verdeckung der in Wahrheit vorliegenden zwei Kettengeschäfte dient. RA. Dr. Ernst Hagelberg, Berlin.

Zu 10. Der Entsch. ist unbedenklich beizupflichten. Sie deckt sich mit dem durch § 4, § 80 Abs. 1 Satz 1 festgelegten Standpunkt der RAbgO., der, wie dieser Fall lehrt, im Ergebnis auch einmal dem *Steuerschuldner* Vorteile bringen kann. Dieser will steuerrechtlich nach den günstigeren Grundsätzen vom April 1911 (formlose Schenkung des Hauses zur Ausstattung), nicht nach denen vom Oktober 1918 (notarielle Übereignung) behandelt werden und hat Erfolg. Der Entw. RAbgO. hatte durch eine allgemeine Vorschrift die Frage, ob jemand i. S. der Steuergesetze als Eigentümer und was als zu einem Vermögen gehörig anzusehen sei, nicht so sehr nach bürgerlich-rechtlichen als nach wirtschaftlichen Merkmalen entscheiden wollen; diese Vorschrift ist aber, weil Quelle der Rechtsunsicherheit, vom Aussch. d. NatVers. abgelehnt worden. Geblieben ist Abs. 1 § 80, insbes. Satz 1, der den Eigenbesitzer „im Sinne der Steuergesetze wie einen Eigentümer behandelt" wissen will (vgl. hierzu auch *Kloß*, RAbgO. syst. Darst.[3] 1921 § 2 c, wo die im vorliegenden Urteil herangezogenen Urt. RFH. 5, 63 u. 197 ebenfalls erwähnt werden). Angesichts der ausdrücklichen Sondervorschrift § 80 Satz 1, die auf unsern Fall paßt, würde man wohl auch ohne die allgemeine Auslegungsregel des § 4 auskommen, daß der Zweck der Steuergesetze, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen seien; immerhin wird aber durch § 4 das gewonnene Ergebnis bekräftigt,

31. Okt. 1918 erfolgte Übertragung eines Hausgrundstücks durch seinen Vater an ihn mit der Begründung, daß er das Haus bereits bei seiner Verheiratung im April 1911 als Ausstattung von seinem Vater geschenkt erhalten, seither als ihm gehörig besessen habe und somit seit dem Jahre 1911 nach § 80 in Verb. mit § 4 RAbgO. auch i. S. des ErbschStG. wie ein Eigentümer zu behandeln sei. Wenn die Vorinstanz darauf hinweise, daß der Vater als Eigentümer jederzeit in der Lage gewesen sei, die Rückgabe des Grundstücks zu verlangen, so werde dabei übersehen, daß es nicht den Gepflogenheiten bei geordneten Familienverhältnissen entspreche, daß der Vater das dem Sohne Geschenkte deshalb zurückfordere, weil die Schenkung formell nicht in Ordnung sei. Die Vorschrift des § 45 Nr. 3 ErbschStG. 1919, wonach für die Steuerpflicht bei der Schenkungssteuer der Zeitpunkt der Zuwendung maßgebend sei, stelle sich nicht als eine Ausnahmebestimmung zum § 80 RAbgO. dar; denn der Zeitpunkt der Zuwendung sei eben nicht der formaljuristische, die Eigentumsänderung bewirkende Akt, sondern die tatsächliche Überlassung zu Eigenbesitz.

Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

Da die Erhebung der Schenkungssteuer für einen Fall in Frage kommt, der auf Grund des ErbschStG. v. 10. Sept. 1919 vor dem Inkrafttreten der RAbgO. eingetreten ist, so ist er nach § 461 a. a. O. so zu erledigen, als ob die RAbgO. schon beim Inkrafttreten des ErbschStG. in Geltung gewesen wäre. Die Vorschriften der §§ 80 und 4 RAbgO., auf die Beschwerdeführer seinen Antrag auf Steuerbefreiung stützt, sind daher für die steuerrechtliche Beurteilung des vorliegenden Falles in Betracht zu ziehen. Wie sich aus der Entstehungsgeschichte des § 80 RAbgO. ergibt (zu vgl. Bericht des 11. Ausschusses der NatVers. über den Entwurf der RAbgO. S. 3, 13, 14), hat die RAbgO. neben den Begriff des bürgerlich-rechtlichen Eigentümers einen solchen des Eigentümers i. S. der Steuergesetze geschaffen, und zwar nicht in der Weise, daß der letztere den ersteren in allen Fällen ausschließt, sondern im Hinblick auf § 4 RAbgO. nur dann zur Anwendung kommt, wenn nach den Umständen des Einzelfalls an Stelle des rechtlichen Eigentümers eine andere Person nach rein wirtschaftlichen und nicht rechtlichen Merkmalen den Gegenstand beherrscht, wie der rechtliche Eigentümer. Denn, wie der Regierungsvertreter in der Ausschußberatung erklärt hat (zu vgl. oben angegebene Stelle des Ausschußberichts), bezweckt die Vorschrift nicht, die Besteuerung von den rechtlichen Formen überhaupt loszulösen, sondern nur bei einem Auseinanderklaffen von wirtschaftlichem Gehalt und der ihm entsprechenden Rechtsform die Brücke zu ersterem zu schlagen. Die wirtschaftliche Beherrschung eines Grundstücks ist im wesentlichen darin zu finden, daß jemand, der nicht rechtlicher Eigentümer ist, das Grundstück, wenn auch ohne Erfüllung der vom bürgerlichen Rechte für die Eigentumsübertragung erforderten Formen, als Eigentümer besitzt, zu vgl. Urteile des RFH. v. 26. März 1921 I a A 21/21 (RFH. 5, 197) und v. 25. Febr. 1921 II A 92/21 (RFH. 5, 63). Für die vom Beschwerdeführer behauptete formlose freigebige Zuwendung des Grundstücks und ihre steuerrechtliche Behandlung als Übertragung des Eigentums im Wege der Schenkung kann es hiernach auch nicht darauf ankommen, daß die für den Erwerber eingetretene Bereicherung nicht eine auf rechtlicher, sondern nur tatsächlicher Grundlage beruhende ist, da weder Inhalt noch Zweck des ErbschStG. in Verb. mit § 4 RAbgO. dem widersprechen, daß die den Erwerber bereichernde Zuwendung nicht in der Gewährung von bürgerlich-rechtlichem Eigentume, sondern nur darin besteht, daß der Empfänger das Grundstück „wie" ein Eigentümer wirtschaftlich beherrscht. Daß gerade hinsichtlich des ErbschStG. dieser Standpunkt vom Gesetzgeber geteilt wird, ergibt sich auch aus den in dem mehrfach genannten Ausschußberichte zur RAbgO. (S. 3) angeführten Beispiel, wonach der Erbschaftsbesitzer, der sich für den Erben hält oder für denselben gehalten werden will, als Eigentümer gelten soll. Daß die Vorschrift des § 80 RAbgO., wie in der angefochtenen Entscheidung angedeutet ist, auf Steuern vom Besitz und Einkommen beschränkt sein soll, ist bei dem allgemein gehaltenen Wortlaut „im Sinne der Steuergesetze" nicht zu unterstellen und auch in den parlamentarischen Verhandlungen über diese Vorschrift niemals geltend gemacht worden. Ihre Anwendung wäre nur dann ausgeschlossen, wenn ihr eine ausdrückliche Vorschrift des ErbschStG. widerspräche, weil dann im Sinne des § 4 RAbgO. anzunehmen wäre, daß nach der dem ErbschStG. zukommenden Zweckbestimmung und wirtschaftlichen Bedeutung die Voraussetzung für die Steuerpflicht einer Schenkung oder freigebigen Zuwendung ist, daß der Steuerpflichtige Eigentümer des übertragenen Gegenstandes im bürgerlich-rechtlichen Sinne geworden sein muß. Eine derartige Bestimmung findet sich aber nicht im ErbschStG. Als eine solche kann auch nicht, wie Vorinstanz annimmt, die Vorschrift im § 45 Abs. 1 Ziff. 3 gelten.

Denn nach den obigen Ausführungen gilt als Zeitpunkt der Zuwendung nicht nur derjenige, an dem das Grundstück in den Formen des bürgerlichen Rechtes auf den Erwerber übertragen wird, sondern auch der Zeitpunkt, an dem der Dritte die wirtschaftliche Herrschaft über das Grundstück erhält.

Hiernach ist die Aufstellung des Beschwerdeführers, daß er bereits 1911 wirtschaftlicher Eigentümer des Grundstücks geworden ist, für die Entscheidung der Schenkungssteuerpflicht von rechtserheblicher Bedeutung. Die Vorentscheidung, die die rechtliche Tragweite des § 80 RAbgO. verkannt hat, unterliegt daher der Aufhebung. Da in tatsächlicher Beziehung noch nicht festgestellt ist, daß der Beschwerdeführer seit 1911 zu dem Grundstücke in dem von ihm behaupteten Verhältnis steht, ist die Sache nicht spruchreif und somit an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Dieser liegt es ob, im Benehmen mit dem Beschwerdeführer und erforderlichenfalls durch Erhebung der angebotenen Beweise die Richtigkeit der Behauptungen des Beschwerdeführers festzustellen. Die Annahme, daß Beschwerdeführer seit 1911 wirtschaftlich wie ein Eigentümer das Grundstück beherrscht hat, wird keineswegs schon dadurch begründet, daß ihm das Haus zum Bewohnen überlassen worden ist. Es müssen vielmehr bestimmte Tatumstände hinzutreten, die in unzweifelhafter Weise dartun, daß nach dem Willen und der Absicht der Vertragschließenden der Beschwerdeführer das Haus wie ein Eigentümer innehaben soll. Gegen eine solche Auffassung spricht der Umstand, daß in der Steuererklärung zum Wehrbeitrage das Grundstück als zum Vermögen des Vaters gehörend angegeben ist und dieser seither die auf dem Grundstück ruhenden Lasten getragen hat. Ebenso steht ihr entgegen, daß nach der in der Einspruchsentscheidung getroffenen Feststellung die notarielle Urkunde v. 13. Okt. 1918 den ausdrücklichen Hinweis enthält, die Übergabe des Hauses sei erst am 1. Okt. 1918 erfolgt, und erst von diesem Tage ab seien die Steuern und öffentlichen Lasten auf den Beschwerdeführer übergegangen. Auch kann in der unentgeltlichen Überlassung des Hausgrundstücks zu Wohnzwecken nicht schon ohne weiteres die Herbeiführung eines eigentumsähnlichen Verhältnisses für den Beschwerdeführer i. S. des § 80 RAbgO. erblickt werden. Vielmehr kann die unentgeltliche Gewährung der Wohnung in dem dem Vater des Beschwerdeführers zu Eigentum gehörenden Hause auch als eine an Stelle eines jährlichen Bargeldzuschusses zur Erhaltung der Wirtschaft zugewendete Ausstattung in Betracht kommen.

(RFH., II. Sen., Urt. v. 15. Juli 1921, I a A 54/21.)

×**11. Umsatzsteuerpflicht der Vermietung möblierter Zimmer.†)**

Es handelt sich um die Vermietung eines möblierten Zimmers, für das der Vermieter, eine Privatperson, i. J. 1920 540 ℳ Entgelt vereinnahmt hat. Das UmsStAmt hat den Vermieter hierfür gemäß § 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 Nr. 4 UmsStG. 1919 zur allgemeinen Umsatzsteuer herangezogen. Beschwerdeführer bestreitet, eine gewerbliche Vermietung vorgenommen zu haben und begehrt auch mit der Rechtsbeschwerde Freistellung von der Steuer. In der BerufEntsch. ist ausgeführt: Nach § 1 Abs. 1 UmsStG. seien umsatzsteuerpflichtig Lieferungen und sonstige Leistungen, die jemand innerhalb der von ihm selbständig ausgeübten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit gegen Entgelt ausführt. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 seien von der Versteuerung ausgenommen die Vermietungen von Grundstücken mit Ausnahme der Vermietungen eingerichteter Räume. Schon aus dieser Gegenüberstellung im Gesetze gehe hervor, daß die Vermietung eingerichteter Räume grundsätzlich der Umsatzsteuer unterliege; auch die Vermietung durch eine Privatperson sei umsatzsteuerpflichtig. Bei dem Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit komme es nicht darauf an, ob Gewinn erzielt werden solle; es genüge, daß die Vermietung gegen Entgelt und nachhaltig erfolge. Der Begriff der gewerblichen Tätigkeit i. S. des UmsStG. sei gegeben bei einer fortgesetzten, auf Dauer berechneten Leistung, und zwar auch bei Personen, die im übrigen einen anderen oder keinen Beruf haben.

Der in diesen Ausführungen der Vorinstanz zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung pflichtet der erkennende Senat bei. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des RFH., daß eine dritten Personen gegenüber ausgeführte, entgeltliche und nachhaltige Tätigkeit, insbesondere die Erfüllung einer schuldrechtlichen Verpflichtung, als eine Leistung angesehen wird, die jemand innerhalb der von ihm selbständig ausgeübten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit ausführt und daher nach § 1 Abs. 1 umsatzsteuerpflichtig ist. Die gewerbliche Tätigkeit setzt nicht die Absicht der Gewinnerzielung voraus (RFH. 2, 228). Die Vorinstanzen haben es mangels einer dementsprechenden Gesetzesvorschrift mit Recht abgelehnt, Privat-

---

daß die Steuerlage des Beschwerdeführers durch die wirtschaftlich entscheidende Zuwendung des Hauses 1911, nicht aber durch das formalrechtliche Übereignungsgeschäft 1918 erzeugt wurde und durch dieses auch nicht etwa geändert werden konnte. Daß hiermit auch Sinn und Zweck des § 45 Abs. 1 Ziff. 3 ErbschStG. im Einklang stehen, legt das Urteil überzeugend dar.

JR. Landsberg, Naumburg a. d. S.

Zu 11. Das Ergebnis ist die logische Folge der von Wissenschaft und Praxis allgemein vertretenen Auffassung, daß die gewerbliche Tätigkeit im Sinne des § 1 UmsStG. die Absicht der Gewinnerzielung nicht voraussetzt, sondern schon dann vorliegt, wenn überhaupt eine auf die Dauer berechnete geschäftliche Tätigkeit ausgeübt wird. Mit Recht ist hier ausgeführt, daß die Dauer, auf die die Tätigkeit gerichtet ist, nicht unbegrenzt zu sein braucht, es genügt die Absicht, daß die Tätigkeit fortgesetzt wird, sobald die Voraussetzungen dafür gegeben sind.

RA. Dr. Carl Becher, Berlin.

personen, d. h. solche Personen, die sonst eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit nicht oder nicht mehr ausüben, von der Umsatzsteuerpflicht auszunehmen.

Zweifelhaft kann es freilich im Einzelfalle sein, wann das Merkmal der Nachhaltigkeit der Vermietung erfüllt ist, auf wie lange man also vermietet haben muß, um eine nachhaltige Vermietungstätigkeit annehmen zu können. In dieser Hinsicht hat die Einspruchsinstanz, der die Berufungsstelle gefolgt ist, in den Gründen ihrer Entscheidung bemerkt, es sei, da sich die Tätigkeit des Steuerpflichtigen, d. h. die Vermietung eines möblierten Zimmers über das ganze Kalenderjahr erstreckte und auch annehmbar im Jahre 1921 fortgesetzt wurde, hierin eine auf die Dauer, d. h. einen Zeitraum von unbestimmter Dauer berechnete, geschäftliche Tätigkeit zu erblicken. Auch bei diesen Ausführungen liegt eine unrichtige Gesetzesanwendung nicht vor. Wie der RFH. in dem Gutachten v. 7. Febr. 1919 (RFH. 1, 12) ausgeführt hat, ist aus dem Worte „ausüben" — dieser Begriff wird im § 1 UmsStG. 1918 und des UmsStG. 1919 angewendet — zu folgern, daß die Tätigkeit „auf die Dauer berechnet" sein muß, daß sich die Person „auf eine fortgesetzte Geschäftstätigkeit eingerichtet hat". An dieser Auslegung hält auch der V. Senat fest. Die Dauer, auf die die Tätigkeit gerichtet ist, braucht nicht unbegrenzt zu sein; vielmehr kann sich die Absicht, tätig zu sein, auf eine ganz bestimmte Gelegenheit von vornherein begrenzter Zeitdauer abstellen, z. B. auf die Dauer der Wohnungszwangswirtschaft.

Für die Umsatzsteuerpflicht ist es ohne Einfluß, daß für das vermietete Zimmer noch eine Wohnungssteuer entrichtet werden mußte, und daß die Vermietung durch die Zwangswirtschaft veranlaßt war; das hat schon die Einspruchsinstanz zutreffend ausgeführt (vgl. auch § 9 Abs. 1 Satz 3 UmsStG.). Der weitere Einwand des Beschwerdeführers, der § 2 Abs. 1 Nr. 4 UmsStG. könnte sich ebensowohl auf die erhöhte Umsatzsteuer beziehen — gemeint ist offenbar nur auf die erhöhte Umsatzsteuer des § 25 Abs. 1 Nr. 2 —, widerlegt sich schon durch die Stellung des § 2 im allgemeinen Teile des Gesetzes.

Die Rechtsbeschwerde war daher als unbegründet zurückzuweisen.

(RFH., V. Sen., Urt. v. 18. Jan. 1922, VA 294/21.)

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Preußisches Oberverwaltungsgericht.

1. Grunderwerbsteuer (Umsatzsteuer). **Einen eindeutigen fest umgrenzten Begriff „Grundstück" gibt es weder im Sprachgebrauch des Privatrechts noch des öffentlichen Rechts; es muß für jedes Rechtsgebiet und für jede Rechtsvorschrift untersucht werden, was hier unter Grundstück verstanden worden ist.†)**

Der Gerichtshof hat den Begriff des Grundstücks im allgemeinen und i. S. der Grundstücksumsatzsteuerordnungen im besonderen in seinem Urteile v. 22. Mai 1919, OVG. 75, 50 erörtert und dabei ausgesprochen, daß es einen eindeutigen, bestimmten begrenzten Begriff „Grundstück" weder im Sprachgebrauche des täglichen Lebens, noch des Privatrechts, noch des öffentlichen Rechts gibt, daß vielmehr für jedes Rechtsgebiet und für jede Rechtsvorschrift untersucht werden muß, was hier unter „Grundstück" verstanden worden ist. Wenn Lion in seinem Werke „Die Grundstücksumsatzsteuer" S. 27 sagt, für den Begriff des Grundstücks und seines Umfanges seien lediglich die Vorschriften des bürgerlichen Rechts maßgebend, und es sei nicht angängig, einen besonderen wirtschaftlichen Grundstücksbegriff anzunehmen, so ist dieser Ausspruch in der Begrenzung des Urteils v. 23. Nov. 1908 (OVG. 53, 20), auf das er sich beruft, auch zutreffend. Dort ist der Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Gegenständen behandelt und ausgeführt, daß man feststehende Rechtsbegriffe nicht auf Grund eines auf wirtschaftlichen Erwägungen beruhenden Sprachgebrauchs anderweitig auslegen könne. Wie in dem vorerwähnten Urteile v. 22. Mai 1919 ausgeführt ist, gibt es aber keinen feststehenden Rechtsbegriff des „Grundstücks", der für alle Rechtsgebiete einheitlich und unabänderlich feststeht, und insbesondere gibt es keine grundsätzliche Begriffsbestimmung, nach der „Grundstücke" überall gleichbedeutend mit einer Grundfläche, die ein besonderes Grundbuchblatt bildet, ist und sein muß.

(IV. Sen., Entsch. v. 10. Febr. 1921, IV C 66/20, PreußVerwBl. 43, 191.)

Zu 1. Eine interessante Parallele zu den obigen Darlegungen bieten die zum Reichssiedelungsgesetz v. 11. Aug. 1919 (RGBl. 131) erlassenen Ausführungsbestimmungen des RArbM. v. 26. Sept. 1919 (ZBldR. 1143; PrArch. 1919, 1081), die sich zu § 4 über den Begriff des Grundstücks im Sinne des Reichssiedelungsgesetzes wie folgt auslassen:

„Der Begriff ‚Grundstück' ist im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen und trifft jeden einheitlich bewirtschafteten landwirtschaftlichen Grundbesitz. Nicht der Umstand ist entscheidend, wie das Grundstück im Grundbuche, insbesondere ob es auf einem oder mehreren Grundbuchblättern eingetragen ist, sondern allein die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit."

JR. Stillschweig, Berlin.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von Senatspräsident a. D. v. Morhart, München.

Mieterschutz.

1. Zu § 2 der MieterschutzVO. v. 23. Sept. 1918. **Die Unterlassung der Widerspruchseinlegung durch den Mieter gegen die Kündigung des Vermieters mag wohl für den Mieter den Verlust der aus den Mieterschutzvorschriften sich ergebenden Rechte mit sich bringen, kann aber nicht den Schluß rechtfertigen, daß er sich der Kündigung unterwirft und seine Verpflichtung zur Wohnungsräumung anerkennt. Es muß dem Mieter vielmehr auch weiterhin zugestanden werden, das Kündigungsrecht des Vermieters und dessen Anspruch auf Wohnungsräumung zu bestreiten und es diesem zu überlassen, gegen den Mieter auf dem Zivilrechtswege die Räumungsverpflichtung feststellen zu lassen. Die von dem Mieter bestrittene Verpflichtung zur Wohnungsräumung wird deshalb auch nicht im Falle der Unterlassung des Widerspruches gegen die Kündigung bei Gericht zu einer „nicht streitigen" i. S. des Art. 38 des bayer. PolStGB.**

(I. Sen. v. 4. Jan. 1922, Nr. 130/20.)

Zum Unterstützungswohnsitzgesetz.

2. Zu § 37 UWG. (Feststellung des Unterstützungswohnsitzes.)†) **Eine selbständige Klage auf Feststellung des Unterstützungswohnsitzes ist nicht zulässig. Die Feststellung des Unterstützungswohnsitzes kann vielmehr nur im Streit wegen armenrechtlicher Ansprüche als Zwischenpunkt geschehen. Die auf solche Weise als Zwischenpunkt getroffene Feststellung des Unterstützungswohnsitzes erzeugt jedoch rechtliche Wirkungen nur für die wegen armenrechtlicher Ansprüche zur Entscheidung gestellte Streitsache. In einer anderen derartigen Streitsache ist die aufgeworfene Frage des Unterstützungswohnsitzes und dessen Wirkung für den vorliegenden weiteren Unterstützungsfall neuerlich zu prüfen.**

(III. Sen., 12. Dez. 1921, Nr. 29/31.)

3. Zu § 17 des UnterstWG. — Selbständigkeit der Ehefrau. **Die Selbständigkeit der Ehefrau in bezug auf den Erwerb und Verlust des Unterstützungswohnsitzes durch das Getrenntleben des Ehemannes (§ 17 UWG.) tritt nur dann ein, wenn das Aufhören der ehelichen Gemeinschaft auch dem Willen der Ehefrau entspricht.**

(III. Sen. v. 30. Jan. 1922, Nr. 32/21.)

4. Zu § 46 RGO.†) **Bei der Fortführung des Gewerbes nach § 46 RGO. betreibt die Witwe das Gewerbe nicht kraft eigenen Rechts, sondern nur auf Grund der als nicht erloschen zu behandelnden gewerblichen Befugnis des Verstorbenen. Eine Ausdehnung dieser Konzession nach dem Tode des Gewerbetreibenden ist naturgemäß ausgeschlossen. Will die Witwe eine derartige Erlaubnis, so muß sie im eigenen Namen darum nachsuchen und bedarf einer neuen Konzession ebenso, wie eine Witwe, die nach Wiederverehelichung das Gewerbe fortführen will. In diesem Falle ist daher eine neuerliche Würdigung der Betriebsräume erforderlich.**

(II. Sen., 21. Okt. 1921, Nr. 80/21.)

Zu 2. Eine sehr wichtige Entscheidung! Die Inzidentfeststellung geht nicht in Rechtskraft über. Sie bindet nicht in einer anderen Streitsache. Freilich gibt es dann doppelte Arbeit, in der Regel doch mit demselben Ergebnis.

Prof. Dr. Stier-Somlo, Cöln.

Zu 4. Die Entsch. ist zutreffend, weil auch der Verstorbene bei etwaiger Absicht der Ausdehnung der Konzession eine erneute „Würdigung der Betriebsräume" veranlaßt hätte. Immerhin besteht ein leises Bedenken gegen die Annahme, daß die Witwe nicht kraft eigenen Rechts das Gewerbe betreibt. Sie übt ein Recht aus, das früher dem Verstorbenen zustand, aber nach dessen Tode doch unmöglich noch dessen Recht sein kann. Die Witwe kann übrigens, wenn sie den an den Stellvertreter zu stellenden Anforderungen genügt, das Gewerbe doch auch selbst ausüben (PrOVG. 14, 315). Es ist ihr Recht; nur bedarf es keiner neuen Konzession, wenn die gewerbliche Befugnis im bisherigen Rahmen bleibt.

Prof. Dr. Stier-Somlo, Cöln.

5. Zu § 12 des UnterstWGes.†)

Die freie Selbstbestimmung einer Person in der Wahl ihres Aufenthaltes i. S. § 12 UWG. ist als ausgeschlossen zu erachten, wenn ihre Willensfreiheit durch Hemmung oder durch Unzurechnungsfähigkeit ganz aufgehoben oder doch beeinträchtigt ist, nicht aber schon dann, wenn eine Person frei in der Wahl ihres Aufenthaltes ist, aus bestimmten inneren oder äußeren Gründen aber, mögen diese auch noch so bestimmend auf den Willen einwirken, genötigt ist, sich für einen bestimmten Ort als Aufenthalt zu entscheiden.

(III. Sen., 21. Nov. 1921, Nr. 76/21.)

Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte.

1. Ist eine beschlagnahmte Wohnung polizeilich geräumt worden, so kann das nicht im Rechtsweg angegriffen werden. Wohl aber ist für eine Entschädigung aus § 75 Einl. z. ALR. der Klageweg gegeben.

Der Kompetenzkonflikt ist ordnungsmäßig erhoben. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Verbandspräsident des Siedlungsverbandes Ruhrkohlenbezirk, der auf Grund des Gesetzes, betreffend Verbandsordnung für den Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk vom 5. Mai 1920 (GS. 286), insbesondere dessen § 25 Abs. 3 Nr. 3 das Recht zur Erhebung des Kompetenzkonflikts für sich in Anspruch nimmt, als eine Provinzialverwaltungsbehörde i. S. des § 5 VO. v. 1. Aug. 1879 anzusehen ist, die in dem durch ihre amtliche Stellung gezogenen Geschäftskreise zur Erhebung des Kompetenzkonflikts befugt ist. Denn der Minister für Volkswohlfahrt, auf den allgemein mit Wirkung v. 1. Nov. 1919 die sämtlichen Angelegenheiten des Wohnungswesens übertragen sind (Beschl. der Preuß. Staatsregierung v. 7. Nov. 1919, GS. 173), hat in seiner Eigenschaft als zuständige Landeszentralbehörde durch Erlaß v. 21. Sept. 1921 den Kompetenzkonflikt aufrechterhalten. Diese Aufrechterhaltung ist in dem Umfange erfolgt, in dem sie durch das Schreiben des Verbandspräsidenten v. 22. April 1921 ausgesprochen ist.

Zur Prüfung und Entscheidung der Frage, ob und eventuell in welchem Umfange der Kompetenzkonflikt, soweit er aufrechterhalten ist, begründet ist, ist festzustellen, auf welche Klagegründe sich der erhobene Schadensersatzanspruch stützt, und inwieweit für jeden Klagegrund der Rechtsweg offensteht. Maßgebend ist das Klagevorbringen ohne Rücksicht auf die Richtigkeit und Erweislichkeit der vom Kl. aufgestellten Behauptungen (RG. 93, 203; JW. 1908, 653[2]). Dabei gilt für alle Klagegründe die Einschränkung, daß der Kl. durch seine Behauptungen nicht willkürlich einen Streit, der offensichtlich auf öffentlich-rechtlichem Gebiete liegt, zu einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit i. S. des § 13 GVG. gestalten kann (RG. 71, 423 = JW. 1909, 691 und 75, 398 = JW. 1911, 461; JW. 1908, 653[2]; Gruchot 57, 1044), und ferner der Grundsatz, daß für öffentlich-rechtliche dem ordentlichen Rechtsweg entzogene Ansprüche der Rechtsweg nicht dadurch eröffnet werden kann, daß sie in die Form einer Schadensersatzforderung gekleidet werden (so in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs RG. 70, 395 ff. = JW. 1909, 252).

Der Kläger stützt seine Klage auf drei Gründe, zunächst auf das Gesetz v. 1. Aug. 1909 über die Haftung des Staates usw. (§ 4 in Verbindung mit § 1), ferner auf die Behauptung, daß die WMVO. v. 23. Sept. 1918 (RGBl. 1143) und die VO. des Magistrats Dortmund v. 29. Sept. 1919 ungültig und damit die gegen ihn selbst ausgesprochene Wohnungsbeschlagnahme unzulässig und rechtswidrig gewesen sei, und schließlich auf § 75 der Einleitung zum ALR.

1. Der erste Klagegrund wird vom Kl. mit zwei Erwägungen zu rechtfertigen gesucht, deren jede für sich selbständige rechtliche Bedeutung hat und die Anwendbarkeit des Gesetzes v. 1. Aug. 1909 dartun soll.

Zunächst behauptet der Kl., die Beamten des Wohnungsamts hätten keine Befugnis gehabt, die Beschlagnahme zwangsweise zu verwirklichen; sie hätten zunächst das MEA. anrufen müssen, da ohne dessen Genehmigung niemand aus der Wohnung gesetzt werden könne. Die Entsetzung eines Wohnungsinhabers durch Inanspruchnahme polizeilicher Gewalt sei ungesetzlich, und deshalb hafte die Bekl. für ihre Beamten. Für eine auf diesen Tatbestand gegründete Klage ist der Rechtsweg trotz Heranziehung des Gesetzes v. 1. Aug. 1909 nicht gegeben, da die Vorschriften des Gesetzes v. 11. Mai 1842 (GS. 192) über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen entgegenstehen. Dieses Gesetz bezieht sich nicht nur auf polizeiliche Verfügungen im engeren Sinne, sondern auch auf Verfügungen der Wohlfahrtspolizei und auf das gesamte Gebiet der inneren Verwaltung. Die Beschlagnahme von Wohnungen, die von dem Gemeindevorstand im Rahmen der von ihm in Anspruch genommenen Zuständigkeit auf Grund der Vorschriften der WMVO. ausgesprochen ist, trägt deshalb den Charakter einer polizeilichen Verfügung i. S. des Gesetzes v. 11. Mai 1842, so daß nur die Beschwerde an die vorgesetzte Dienstbehörde gegeben und der Rechtsweg unzulässig ist. Diesen Grundsatz hat der Gerichtshof zuerst im Urteil v. 29. Mai 1920 (JMBl. 413) ausgesprochen und seitdem an ihm in ständiger Rechtsprechung festgehalten. Was für die Beschlagnahme selbst gilt, muß auch für Maßnahmen gelten, die sich an sie angeschlossen haben und dazu bestimmt sind, die Beschlagnahme durchzuführen und zum Abschluß zu bringen; auch sie sind Zwangsmaßnahmen gegen den Wohnungsmangel und stellen sich als Teil oder Folge der Wohnungsbeschlagnahme dar, so daß sie ebenso polizeiliche Verfügungen i. S. des Gesetzes v. 11. Mai 1842 sind wie andere zur Beseitigung der Wohnungsnot dienende behördliche Zwangsmaßnahmen. Aus diesen Erwägungen heraus hat der Gerichtshof ständig die Entsch. des MEA. über die Beschwerden gegen die Wohnungsbeschlagnahme wie den Abschluß von Zwangsmietverträgen nach erfolgter Beschlagnahme für polizeiliche Verfügungen erklärt. Nicht anders aber sind Maßnahmen zu beurteilen, die nach ausgesprochener Wohnungsbeschlagnahme von dem zuständigen Wohnungsamt getroffen werden, um die beschlagnahmten Räume für den Zwangsmieter frei zu machen und dessen Einzug zu ermöglichen, gleichviel, worin sie bestehen, mögen sie also auch auf Inanspruchnahme polizeilicher Hilfe zum Zweck gewaltsamer Besitzentsetzung des von der Beschlagnahme Betroffenen gegangen sein. Auch sie sind polizeiliche Verfügungen, so daß der Rechtsweg zur Entscheidung über ihre Gesetzmäßigkeit, Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit ausgeschlossen ist. Gerade eine Nachprüfung der Maßnahmen der Beamten des Wohnungsamts Dortmund nach dieser Richtung ist das Ziel der Klage, um bei Verneinung der Gesetzmäßigkeit, Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit die Haftung der Bekl. aus dem Gesetz v. 1. Aug. 1909 zu begründen. Eine solche Nachprüfung steht dem ordentlichen Richter nicht zu, sie liegt der vorgesetzten Dienstbehörde der betreffenden Beamten ob und für eine Klage auf Schadensersatz mit der eingangs angeführten Begründung ist der Rechtsweg nicht gegeben, auch wenn sich der Kl. auf das Gesetz v. 1. Aug. 1909 beruft. Der § 5 des Gesetzes v. 1. Aug. 1909 — in Verbindung mit § 6 des Gesetzes v. 11. Mai 1842 — ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs, an der festzuhalten ist, durch Art. 131 Abs. 1 Satz 3 RV. nicht aufgehoben. Im Gegensatz zum RG. (vgl. RG. 102, 166 u. 391) nimmt der Gerichtshof an, daß Art. 131 RV. nicht sofortiges unmittelbares auf die einzelne Rechtsangelegenheit einwirkendes Recht enthält, sondern nur einen allgemeinen Grundsatz festlegt und eine bindende Richtschnur für die künftige Gesetzgebung gibt (vgl. Urt. v. 12. März 1921 PrVBl. 42, 525 und v. 10. Dez. 1921, PrL. 2782).

2. Weiter gründet der Kl. seinen Schadensersatzanspruch auf die Behauptung, die Wohnungsbeschlagnahme sei unzulässig und rechtswidrig gewesen, weil die WMVO. v. 23. Sept. 1918 und die VO. des Magistrats Dortmund v. 29. Sept. 1919 ungültig seien. Allerdings stellt er in der Replik und in der Entgegnung auf den erhobenen Kompetenzkonflikt in Abrede, die Ungültigkeit der genannten VO. zur Begründung seiner Schadensersatzklage behauptet zu haben. Allein das ist unerheblich. Denn für die Frage, ob der Rechtsweg zulässig oder unzulässig ist, kommt es auf den Inhalt der Klage an, soweit er zweifelsfrei ist. Das ist hier der Fall. Der Kl. sucht in der Klage darzutun, daß die WMVO. und damit auch die VO. v. 29. Sept. 1919 der Rechtsgültigkeit entbehrten. Diese Ausführungen können nur dahin verstanden werden, daß der Kl. an zweiter Stelle die Gesetzwidrigkeit der gegen ihn ausgesprochenen Wohnungsbeschlagnahme behaupten und auch darauf seine Klage stützen will.

Behauptet der Kl. aber die Unzulässigkeit der Beschlagnahme zur Begründung seines Schadensersatzanspruchs, so ist für diesen Klagegrund der Rechtsweg verschlossen. Der Zivilrichter ist nicht berufen, die ausgesprochene Wohnungsbeschlagnahme auf ihre Gültigkeit nachzuprüfen. Es ist bereits oben unter 1 unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs dargelegt, daß die Beschlagnahme einer Wohnung, die von einer Gemeindebehörde im Rahmen der von ihr in Anspruch genommenen Zuständigkeit auf Grund der Vorschriften der WMVO. ausgesprochen ist, den Charakter einer polizeilichen Verfügung i. S. des Gesetzes v. 11. Mai 1842 hat, so daß gegen die sie aussprechende Anordnung der Rechtsweg nicht zulässig ist. Den Gegenstand des klägerischen Angriffs bildet die von dem Wohnungsamt Dortmund als einem Organ der Bekl. in behördlicher Eigenschaft erlassene Beschlagnahmeverfügung. Die angefochtene Verfügung überschreitet das den Gemeinden durch die WMVO. zugewiesene Gebiet behördlicher Tätigkeit nicht. Sie stützt sich auf die VO. der Stadt Dortmund v. 29. Sept. 1919, die ihrerseits ausdrücklich ihre Grundlage in der WMVO. v. 23. Sept. 1918 sucht. Die gegen sie gerichteten Angriffe sind unerheblich, denn mit ihnen soll die Beschlagnahme als gesetzwidrig angefochten und damit eine sich als polizeiliche Verfügung darstellende Maßnahme im ordent-

---

†) Zu 5. Die Entsch. will offenbar sagen, die freie Selbstbestimmung sei nicht ausgeschlossen, wenn eine Person — zwar! — frei in der Wahl ihres Aufenthalts ist, aber aus bestimmten äußeren oder inneren Gründen genötigt ist, sich für einen bestimmten Ort zu entscheiden. Ist sie aber frei, wenn sie genötigt ist?! Ist die Willensfreiheit dann nicht doch „aufgehoben oder beeinträchtigt"? Die Lösung befriedigt nicht.

Prof. Dr. Stier-Somlo, Cöln.

lichen Rechtsweg beseitigt werden. Das ist nach den Vorschriften des Gesetzes v. 11. Mai 1842 unzulässig.

3. Soweit der Schadensersatzanspruch auf § 75 der Einleitung zum ALR. gegründet wird, ist der Rechtsweg zulässig. Da der Kl. behauptet, daß durch die in der Wohnungsbeschlagnahme und ihrer zwangsweisen Durchführung liegenden polizeilichen Verfügungen ein Eingriff in seine Privatrechte erfolgt sei, für den ihm nach der Vorschrift des § 75 der Einleitung zum ALR. Entschädigung gewährt werden müsse, so findet darüber nach § 4 des Gesetzes v. 11. Mai 1842 der Rechtsweg statt. Allerdings hat eine solche Schadensersatzklage zur unbedingten Voraussetzung, daß die polizeilichen Maßnahmen vom Kl. als gesetzmäßig anerkannt werden. Ihr ist aber auch genügt. Denn wenn der Kl. auch an zweiter Stelle die Ungültigkeit der Beschlagnahme behauptet und daraus Schadensersatzansprüche herleitet, so unterstellt er doch bei diesem letzten eventuellen Klagegrund, daß die Wohnungsbeschlagnahme und die Anwendung polizeilicher Gewalt zulässig und rechtmäßig gewesen sei. Das ergibt deutlich die Klage, die zur Begründung dieses letzten Fundaments ausführt, daß der Kl. nach § 75 der Einleitung zum ALR. entschädigt werden müsse, auch wenn die Beschlagnahme der Wohnung und die Anwendung polizeilicher Gewalt gestattet gewesen wäre.

(Erk. v. 11. Febr. 1922, Nr. 2792.)

Landesamt für Familiengüter.

Mitgeteilt von Ministerialrat Breme, Berlin, Mitglied des Landesamts für Familiengüter.

1. Die Aufgabe der Auflösungsbehörden, nach § 13 FGVO. in Verbindung mit Art. 16 AGGVO. ein Folgezeugnis zu erteilen, wird dadurch, daß bei einem Streit über das Bestehen des Folgerechts gemäß § 28 Abs. 1 S. 3 ZwAuflVO. die Beteiligten insoweit auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen sind, nicht berührt.

Tritt ein Fideikommißfolgefall ein, so erfolgt die Eintragung des neuen Besitzers in das Grundbuch auf Grund eines von der Auflösungsbehörde ausgestellten Folgezeugnisses (§ 13 FGVO. Art. 16 AGGVO.). Herrscht Streit zwischen mehreren Anwärtern, wer folgeberechtigt ist, so entscheidet die Auflösungsbehörde, muß aber auf Antrag eines der Beteiligten diese auf den ordentlichen Rechtsweg verweisen (§ 28 Abs. 1 ZwAuflVO.). Das LA. führt in seiner Entscheidung aus, daß beide Verfahren, das Streitverfahren vor dem AA. oder den ordentlichen Gerichten und das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Folgezeugnis), scharf zu trennen seien und daß, ebenso wie beim Erbscheinsverfahren, ein schwebender Streit die Erteilung des Folgezeugnisses, das bestimmt sei, alsbald eine Legitimation zu geben, und eine Verzögerung durch lange Prozesse nicht vertrage, nicht ausschließe; er weist auch darauf hin, daß die grundbücherliche Eintragung nicht auf Grund eines Urteils, sondern nur auf Grund des Folgezeugnisses erfolge. Diesem Ergebnis stehe die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen nicht entgegen.

2. 1. Die Frage der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für die Stimmabgabe Geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Personen bei einem Familienschluß ist in der Auflösungsgesetzgebung nicht geregelt; sie richtet sich nach den Vorschriften des bisherigen materiellen Rechtes.

2. Bei einer Stimmenthaltung kommt eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht in Frage. †)

Die eingehende Begründung enthält mehr als die beiden verneinenden Feststellungen des Tenors. Bei den die Auflösung des Fideikommisses regelnden oder auch nur sie vorbereitenden, satzungsändernden Familienschlüssen werden nicht vollgeschäftsfähige Stimmberechtigte durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten; § 3 Abs. 4 FGVO. bestimmt weiter, daß in solchen Fällen das Auflösungsamt an die Stelle des Vormundschaftsgerichtes tritt. Das LA. führt hierzu aus, daß das nur eine formelle Zuständigkeitsregelung sei, aber nicht im Sinne einer materiellen die vormundschaftliche Genehmigung für Abstimmungserklärungen anordnenden Bestimmung zu verstehen sei. Diese materielle Frage richte sich nach dem bisherigen Rechte; sie ist im RE. nicht beantwortet, sondern offen gelassen. Gleichwohl untersucht aber das LA. die Grundlagen für diese Prüfung und kommt zu Ergebnissen, die auch für die Prüfung der Frage, welche Gesichtspunkte für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung — sofern sie im Einzelfall erforderlich ist — maßgebend sein müssen, von größter Bedeutung sind. Und gerade in diesem Teile der Gründe liegt das Schwergewicht und die Tragweite der Entscheidung überhaupt.

Das LA. geht davon aus, daß der Familienschluß ein Organschaftsakt ist, d. h. nicht etwa ein vertragsähnliches Rechtsgeschäft zwischen den Familienmitgliedern, sondern eine im Endergebnis *einheitliche* Erklärung des vom Gesetze zur Regelung der Rechtsverhältnisse des Familiengutes berufenen Organs. Es „darf nicht außer acht gelassen werden, daß die Rechtshandlung der Abstimmung sich grundsätzlich und wesentlich unterscheidet von den Willenserklärungen des gewöhnlichen Rechtslebens, die durch ihre Abgabe oder durch die Übereinstimmung mit einer entsprechenden Erklärung einer anderen Person Rechte und Pflichten erzeugen. Ein Familienschluß ist nicht etwa ein Vertrag dergestalt, daß die Zustimmung der Anwärter im Sinne einer vertraglichen Willensübereinstimmung die beabsichtigten Rechtsfolgen bewirkte und die Anwärter zu Vertragsparteien, zu gegenseitigen Schuldnern und Gläubigern machte. Das folgt schon daraus, daß ein auch nur mit Stimmenmehrheit zustandegekommener Familienschluß die seinem Inhalte entsprechenden Rechtsfolgen erzeugt, und zwar auch für diejenigen Stimmberechtigten, die sich an der Abstimmung nicht beteiligten oder gar mit „Nein" abstimmten." Es „handelt sich nicht um eine Summe von Willenserklärungen, sondern um die einheitliche *eine* Willenserklärung des Organs" und „der einzelne Stimmberechtigte wirkt zwar an der Entstehung des Willens und auch bei Abgabe der Erklärung (Verlautbarung) mit; abgegeben wird aber die Willenserklärung von dem Organe einheitlich". Das LA. stellt diese einheitliche Willenserklärung des Organs der die Satzung schaffenden Willenserklärung des Stifters gegenüber.

Aus dieser Rechtsnatur folgert das LA., daß es sich für den einzelnen Stimmberechtigten nicht um „ein Rechtsgeschäft mit der übrigen Familie" handele, und daß „die etwa in die rechtliche oder wirtschaftliche Sphäre des Stimmberechtigten eingreifenden Folgen des Familienschlusses nicht als Verfügungen des Stimmberechtigten anzusehen sind". Und weiter, daß es sich bei dem Familienschluß „nicht um die Regelung der Rechte des einzelnen, jedenfalls nicht in erster Linie" handeln, daß vielmehr „die Regelung des Familiengutsvermögens im Hinblick auf die *ganze* Familie im Vordergrund stehe. Deshalb dürfe erwartet werden, daß der einzelne „nicht seine persönlichen egoistischen Interessen in den Vordergrund stelle, sondern unter billiger Hintansetzung seiner eigenen Interessen das Gesamtinteresse der Familie im Auge habe". Anschließend geht das LA. auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ein und geht dabei davon aus, daß das Gericht diese auf die Person des Mündels, d. h. auf sein Interesse abzustellen habe. „Dieses aber ausschließlich oder auch nur vorwiegend auf ein rein finanzielles Interesse abzustellen, würde eine Außerachtlassung der oben erörterten Besonderheiten eines Familienschlusses bedeuten und daher falsch sein. Die Gesichtspunkte bei der Abstimmung sind für den Minderjährigen nicht anders, als für den Volljährigen. Sie müssen davon ausgehen, daß es sich nicht um ein Sonderrechtsgeschäft des einzelnen, sondern um die Beteiligung an dem Organschaftsakt der Rechtsregelung des Familiengutes für die Gesamtfamilie handelt." Die Erwägung, daß bei einer Zwangsauflösung der nächste Folgeberechtigte mehr erhalten würde, darf nicht ausschlaggebend sein, „ganz abgesehen davon, daß es in allen Fällen noch zweifelhaft sein kann, ob der nach jetzigen Verhältnissen nächste Folgeberechtigte in Wirklichkeit der nächste Folger sein wird, oder sein würde". Es ist auch für den Minderjährigen der Maßstab anzulegen, den „ein nicht seine persönlichen Interessen voranstellender und billigen Erwägungen eines echten Familiensinnes folgender Volljähriger zur Grundlage seiner Entschließungen machen würde". Das LA. weist noch darauf hin, daß die Auf-

---

Zu 2. Die Ausführungen in der Begründung über die Gesichtspunkte, die für das Auflösungsamt bei Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung in bezug auf einen Familienschluß maßgebend sein sollen, werden dem Wesen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gerecht. Diese ist eine Amtshandlung, die in der Aufsichtsgewalt des Vormundschaftsgerichts ihren rechtlichen Grund hat. Mithin ist sie zu erteilen, wenn das betr. Rechtsgeschäft im Interesse des Kindes liegt. Es ist zweifellos richtig, daß hierbei nicht nur an materielle Interessen des Minderjährigen zu denken ist, sondern daß auch der mehr auf ethischem Gebiete liegende Gesichtspunkt Berücksichtigung finden muß, daß der Familienschluß die Regelung des Familiengutsvermögens im Hinblick auf die ganze Familie zum Gegenstande hat.

Nicht beizupflichten ist dagegen der Ansicht des LA., daß bei einer Stimmenthaltung eine vormundschaftliche Genehmigung nicht in Frage komme. § 6 Abs. 3 FGVO. bestimmt lediglich, daß die Nichtabstimmenden „als zustimmend" gelten. Diese Regelung entspricht derjenigen des § 91 Abs. 3 FGG. für die Nachlaßauseinandersetzung. Dort wird angenommen, daß der nicht Erschienene mit dem Inhalt der zwischen den übrigen getroffenen Vereinbarung einverstanden ist. Es besteht aber kein Zweifel darüber, daß hierdurch die etwa erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht überflüssig wird (vgl. Schlegelberger, Anm. 11 zu § 92 FGG.). Es liegt kein Grund vor, der eine andere Entscheidung dieser Frage beim Familienschluß rechtfertigen könnte. Gegen die Entscheidung, daß bei einer Stimmenthaltung eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht in Frage komme, spricht vielmehr der Umstand, daß es dann dem gesetzlichen Vertreter möglich wäre, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dadurch zu umgehen, daß er sich der Abstimmung enthält.

RA. Dr. Leo Sternberg, Berlin.

lösungsgesetzgebung Abfindungen an Kognaten und Agnaten, die bei einer Zwangsauflösung leer ausgehen würden, sicher nicht hindern will und daß die Begründung von Stiftungen bei öffentlichem Interesse (z. B. Waldstiftungen) begünstigt wird, daß also bei Minderjährigkeit des nächsten Folgers gerade ein sehr verständiger Auflösungsschluß verhindert würde, wollte man für ihn das Maß einer Zwangsauflösung voll oder auch nur annähernd verlangen. Dem von einem Auflösungsamt aufgestellten Satze, daß die Tatsache, daß der nächste Folger auf Grund des Familienschlusses nichts erhalte, für sich allein noch kein Grund zur Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sei, „mag an sich beizupflichten sein; in der Praxis wird er allerdings in seltenen Fällen durchführbar sein; vielmehr dürfen regelmäßig die persönlichen Rechte im Sinne bereits erworbener Bezugsrechte oder sicherer Anwartschaften nicht ganz außer Betracht bleiben. Ein verständiges Familienmitglied muß und wird dem Familiensinn Opfer bringen, eine gänzliche Aufgabe der eigenen Rechte kann von ihm unter normalen Verhältnissen nicht verlangt werden. Das richtige Maß muß sich aus den Verhältnissen des Einzelfalles ergeben".

Zu 2 des Tenors führt das LA. aus, daß die Abstimmung nach § 5 Abs. 2 u. 3 FGVO. nur durch Stimmabgabe im Verlautbarungstermin oder in öffentlich beglaubigte, am Tage vor dem Termin dem AuflAmte eingereichte Urkunde erfolgen könne und daß die einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfenden aber nicht genehmigten Stimmabgaben, weil unwirksam, als Nichtabstimmung anzusehen seien. Wenn § 6 Abs. 3 FGVO. bestimme, daß die Nichtabstimmenden „als zustimmend gelten", so sei das eine gesetzliche Fiktion, die den Abstimmungsberechtigten weder einen Willen noch eine Erklärung unterstelle, sondern nur die Bedeutung habe, daß die Nichtabstimmenden den Ja-Stimmen zuzuzählen seien. An dieser gesetzlichen Folge der Nichtabgabe einer Stimme könne die Erteilung oder Versagung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nichts ändern und der Erfolg trete auch dann ein, wenn dem Vormund etwa ein „Nein" genehmigt sei, er es aber unterlasse, es in der vorgeschriebenen Form abzugeben, ebenso, wie die Versagung zu einem formgerechten „Ja" nur die Wirkung habe, daß eine wirksame Stimmabgabe nicht vorliegt und aus diesem Grunde der Vertretene gemäß § 6 Abs. 3 FGVO. als zustimmend zu zählen ist. Denn die Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung könne weder ein „Ja" in ein „Nein", noch ein „Nein" in ein „Ja" umwandeln, noch auch bewirken, „daß nunmehr der Familienschluß an einem Mangel litte, der seine Wirksamkeit in Frage stellte, auch dann nicht, wenn es etwa auf die zu genehmigenden Stimmen ankommt". Das LA. stellt fest, daß bei der Stimmabgabe die Verantwortung für eine unsachgemäße Abstimmung dem gesetzlichen Vertreter allein aufgebürdet ist, daß aber eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei der Stimmenthaltung nicht in Frage kommt.

(Rechtsentsch. Nr. 18 v. 24. April 1922.)

Rechtsentscheide in Pachtschutzsachen.

1. Das PachtEA. kann Bestimmungen nach § 2 der Pr. PachtSchO. treffen, sofern der darauf gerichtete Antrag bei ihm vor Ablauf der Pachtzeit eingegangen ist.†)

Aus den Gründen: Zwischen den Parteien bestanden bis zum 30. Sept. 1921 Pachtverhältnisse über Grundstücke, die zum Zwecke landwirtschaftlicher Nutzung verpachtet waren. Die Verpächterin hat beantragt, für das letzte Pachtjahr eine angemessene Erhöhung des Pachtzinses gemäß § 2 Ziff. 1b der PreußPachtSchO. eintreten zu lassen. Die Anträge sind beim zuständigen PachtEA. am 26. Sept. 1921 eingegangen und den Pächtern nach dem 30. Sept. 1921 zugestellt worden. Der Pachtzins war am 1. Juli 1921 fällig. Durch Beschluß v. 17. Okt. 1921 hat das PachtEA. die Anträge mit der Begründung abgelehnt, daß eine Erhöhung des Pachtzinses nur möglich sei, wenn der entsprechende Antrag dem Pächter vor der Fälligkeit des Pachtzinses zugestellt worden sei. Auf die Rechtsbeschwerde der Verpächterin hat das LG. die Sache zur Vorabentscheidung über die Rechtsfrage, ohne sie bestimmt zu formulieren, dem KG. vorgelegt. Es hält die Entsch. des PachtEA. im Ergebnis für richtig, gibt seiner Auffassung jedoch eine andere Begründung. Nach § 5 PachtSchO. könne ein Antrag auf Verlängerung des Pachtverhältnisses nicht mehr gestellt werden, wenn die Pachtzeit abgelaufen sei. Gestellt sei aber der Antrag mit seiner Einreichung beim PachtEA., nicht erst mit seiner Zustellung an den Vertragsgegner. Eine rechtsähnliche Anwendung des § 253 ZPO. erscheine nicht zulässig, da § 253 sich nicht unter denjenigen Vorschriften der ZPO. befinde, die in der PachtSchO. und der Anordnung für das Verfahren vor den Einigungsämtern als entsprechend anwendbar bezeichnet seien. Trotzdem habe sich die Praxis wohl ziemlich einhellig auf den Standpunkt gestellt, daß nicht nur der Antrag vor Ablauf der Pachtzeit gestellt, sondern auch die Entscheidung des PachtEA. vor diesem Zeitpunkt ergangen sein müsse. Diese Auslegung sei zu billigen, weil die Verlängerung eines bereits abgelaufenen Pachtverhältnisses begrifflich unmöglich sei. Wenn auch bei einer Entscheidung über einen Antrag auf anderweitige Festsetzung der Leistungen gemäß § 2 Ziff. 1b PachtSchO. nicht derselbe zwingende Grund vorliege wie bei einem Antrage auf Verlängerung der Pachtzeit, so sprächen doch Gründe wirtschaftlicher Natur überwiegend dafür, daß auch hier die Änderung der Leistungen nur zulässig sei, wenn die Entscheidung des PachtEA. vor Ablauf der Pachtzeit vorliege, sei es auch nur in Form einer einstweiligen Anordnung. Dem Pächter könne nicht zugemutet werden, daß der Verpächter noch nach der Rückgabe des Grundstücks und des Inventars mit neuen Forderungen an ihn herantrete. Bei dieser Sachlage sind die Voraussetzungen des Rechtsentscheides nach § 34 PreußPachtSchO. in der Fassung v. 23. Juli 1921 gegeben, da es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt, die bisher nicht letztinstanzlich entschieden ist.

Der Auffassung der Vorinstanzen war nicht beizutreten. Bei der Beurteilung der Rechtsfrage ist mit dem Beschwerdegericht von § 5 PachtSchO. auszugehen, der lautet: „Der Antrag, über die Wirksamkeit der Kündigung zu entscheiden, ist unverzüglich nach Eingang der Kündigung zu stellen. Der Antrag, ein ohne Kündigung ablaufendes Pachtverhältnis zu verlängern, ist so frühzeitig zu stellen, wie es unter Berücksichtigung der Interessen des anderen Teiles verlangt werden kann. Der Antrag kann in beiden Fällen nicht mehr gestellt werden, wenn die Pachtzeit abgelaufen ist."

Wie auch das LG. nicht verkennt, kann dieser Wortlaut nur dahin verstanden werden, daß es genügt, wenn der Antrag auf Entscheidung vor Ablauf der Pachtzeit gestellt worden ist. Zutreffend führt das LG. auch aus, daß eine Zustellung des Antrags an den andern Vertragsteil nicht vorgeschrieben und deshalb für die hier zu entscheidende Rechtsfrage nicht von Bedeutung sein kann. Dennoch nimmt das BG. entgegen dem Wortlaute des § 5 an, daß die Verlängerung eines Pachtverhältnisses nur zulässig ist, wenn nicht nur der Antrag vor seinem Ablaufe gestellt, sondern auch die Entsch. des PachtEA. innerhalb der Pachtdauer erfolgt ist. Diese Auffassung ist rechtsirrig. Allerdings kann es zunächst als begrifflich unmöglich erscheinen, ein abgelaufenes Pachtverhältnis zu verlängern. Indessen würde dieser Umstand allein nicht ausreichen, um eine vom Wortlaute des § 5 so erheblich abweichende Auslegung dieser Vorschrift zu rechtfertigen. Vielmehr könnte eher angenommen werden, daß die PachtSchO. bei der Fassung des § 5 als Regelfall die Verlängerung des zur Zeit der Entscheidung noch nicht abgelaufenen Pachtverhältnisses im Auge hat, während sie doch nicht diesen Fall allein trifft und daher vielleicht richtiger von der Ver-

Zu 1. Wie die grundlegende Umwälzung unserer gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse für Handel und Industrie in übergroßer Zahl bestehende Verträge zu unerträglichen Lasten hat werden lassen, so hat sie auch in die Rechtsverhältnisse der Bodenwirtschaft störend eingegriffen. Für das Gebiet der Pachtungen, das in der deutschen Landwirtschaft eine bedeutende Rolle spielt, hat die Gesetzgebung durch die RPachtSchO. v. 9. Juni 1920 (RGBl. 1193) einen Weg zur Beseitigung der unerträglichsten Härten betreten. Vorausgegangen war die Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung v. 31. Juli 1919 (RGBl. 1371). Diese regelt die Verpachtung von Grundstücken zum Zwecke nichtgewerbsmäßiger gärtnerischer Nutzung. Streitigkeiten entscheidet die untere Verwaltungsbehörde, soweit die Landeszentralbehörde dafür nicht ein Einigungsamt, das sog. Kleingartenschiedsgericht ermächtigt hat. Dieses Einigungsamt ist nicht mit dem PachtEA. zu verwechseln. Die RPachtSchO. bezieht sich dagegen auf Grundstücke, die zu landwirtschaftlicher oder gewerbsmäßiger gärtnerischer Nutzung verpachtet oder verliehen sind. Sie ist nur ein Ermächtigungsgesetz und gibt den obersten Landesbehörden die Befugnis, Pachteinigungsämter zu errichten. Diese PachtEA. können für die angegebenen Grundstücke (§ 1) bestimmen:

a) für Grundstücke unter 2,5 ha,
   1. daß Kündigungen unwirksam werden und daß gekündigte Verträge bis zur Dauer von zwei Jahren fortzusetzen sind;
   2. daß ohne Kündigung ablaufende Verträge bis zur Dauer von zwei Jahren verlängert werden;
   3. daß Verträge vor Ablauf der vereinbarten Zeit aufgehoben werden;
b) für Grundstücke jeder Größe,
   daß Leistungen, die unter den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen nicht oder nicht mehr gerechtfertigt sind, anderweitig festgesetzt werden.

Die PachtEA. dürfen Bestimmungen dieser Art nur treffen, wenn sich das Verhalten eines Beteiligten entweder als wucherische Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit oder unter Berücksichtigung der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse offenbar als eine schwere Unbilligkeit darstellt oder wenn es zur

längerung und Wiederherstellung des gekündigten oder zeitlich begrenzten Pachtverhältnisses sprechen sollte. Die vom LG. gegebene Begründung für die einschränkende Auslegung des § 5 würde nur dann überzeugen, wenn sie durch weitere Anhaltspunkte gestützt werden könnte. Das ist jedoch nicht der Fall. Weder die PreußPachtSchO. noch die RPachtSchO., die zu ihrem Erlaß ermächtigt, noch endlich die Vorgeschichte oder die Begründung dieser Verordnungen bestätigen die Richtigkeit der vom BG. dargelegten Auffassung. Im Gegenteil, es ist daraus ersichtlich, daß das PachtEA. auch solche Pachtverhältnisse verlängern, also wiederherstellen kann, die zur Zeit seiner Entscheidung bereits ihr Ende gefunden hatten.

Schon die Entschließung der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, die bei Beratung des Reichssiedelungsgesetzes in der Sitzung v. 19. Juli 1919 angenommen wurde, forderte Bestimmungen, durch welche die Entziehung von Pachtland, die ohne wichtigen Grund erfolgt war, rückgängig gemacht werde. Dem Wunsche nach Regelung des Pachtschutzes kam die Reichsregierung nach, indem sie dem Reichstag am 24. April 1920 einen Entwurf nebst Begründung (Drucksache des Reichsrats Nr. 126) vorlegte. Bereits in diesem Entwurfe, der allerdings nicht Gesetz geworden ist, war die Wiederherstellung der vor Inkrafttreten der VO. abgelaufenen Pachtverträge in gewissen Grenzen vorgesehen. Dieser Gedanke ist auch später nicht wieder aufgegeben worden. Vielmehr gibt § 2 Abs. 2 der am 15. Juni 1920 in Kraft getretenen RPachtSchO. den obersten Landesbehörden die Ermächtigung, die Vorschriften dieser VO. auch auf solche Verträge auszudehnen, die seit dem 1. Jan. 1920 abgelaufen sind. Dabei ist zu beachten, daß diese Ermächtigung allgemein erteilt, also nicht auf die Eingriffe in die Dauer der Pachtverhältnisse beschränkt, sondern auch auf die Festsetzung der Leistungen zu beziehen ist. Hiernach kann jedenfalls nicht angenommen werden, daß nach Reichsrecht die Entsch. des PachtEA. vor Ablauf des Pachtverhältnisses ergangen sein muß, damit sie überhaupt zulässig ist.

Preußen hat durch § 7 seiner PachtSchO. v. 3. Juli 1920 (GS. 363) von dieser Ermächtigung des § 2 Abs. 2 RPachtSchO. Gebrauch gemacht. Es läßt die Vorschriften der PachtSchO. auch für Verträge gelten, die seit dem 1. Jan. 1920 abgelaufen sind, wenn ihre Aufhebung für Pächter eine besondere Härte darstellte, und wenn die Wiederherstellung des Pachtverhältnisses ohne Beeinträchtigung der Rechte eines Dritten möglich ist. Nur müssen die PachtEA. in diesem Falle innerhalb eines Monats nach der Verkündung der VO. angerufen werden. Es kann für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, ob damit eine Rückwirkung des § 2 in seinem ganzen Umfange angeordnet war, oder ob vielmehr hinsichtlich der vor Erlaß der VO. abgelaufenen Verträge Entscheidungen nur bezüglich der Wiederherstellung, nicht aber bezüglich der Abänderung von Leistungen zugelassen waren (so Ponfick-Wenzel, Anm. 1 zu § 7). Geht man selbst von der engeren Auslegung aus, so ist jedenfalls durch § 7 dargetan, daß der Fall einer Wiederherstellung abgelaufener Pachtverhältnisse vorgesehen ist und stattfinden sollte, wenn sie zur Vermeidung einer besonderen Härte diente und ohne Schädigung dritter Personen erfolgen konnte. Zwar ist § 7 nur anwendbar für die vor der Verkündung der VO. beendigten Pachtverhältnisse. Er stellt insoweit eine Ausnahmevorschrift dar. Seine Bedeutung für die hier zu entscheidende Rechtsfrage verliert er aber dadurch nicht. Sie liegt einmal darin, daß nach seinem Inhalte die Entsch. des PachtEA. mit Wirkung auf ein abgelaufenes Pachtverhältnis nicht schlechthin ausgeschlossen ist. Vielmehr muß, da für die vor der Verkündung beendigten Pachtverhältnisse die Einwirkung zugelassen wird, auch für später abgelaufene Pachtverträge die Entscheidung als zulässig gelten, soweit das Gegenteil nicht in der PachtSchO. zum Ausdruck gebracht worden ist. Da § 5 nur die Antragstellung nach Ablauf der Pachtzeit versagt, so darf auch nicht durch eine erweiternde Auslegung dieser Vorschrift eine weitere Gruppe von Pachtverhältnissen der Einwirkung des PachtEA. entzogen werden, weil seine Entscheidung nicht mehr vor Ablauf der Pachtzeit erfolgt. Insofern hat § 7 PachtSchO. v. 3. Juli 1920 für die Entscheidung noch eine weitere Bedeutung, als er die Wiederherstellung der abgelaufenen Verträge allein von der fristmäßigen Stellung des Antrages abhängig macht, dagegen den Zeitpunkt der auf den Antrag erfolgenden Entscheidung völlig außer Betracht läßt. Bei dieser Sachlage fehlt jeder Grund dafür, bei Auslegung des § 5 diese Entscheidung in einen zeitlichen Zusammenhang mit dem Pachtende zu stellen, wie es das LG. tut. Gewiß ließe sich manches anführen, um den Erlaß der Entscheidung noch innerhalb der Pachtzeit als notwendig oder zweckmäßig erscheinen zu lassen. Aus § 7 geht aber klar hervor, daß die VO. ein solches Erfordernis nicht aufgestellt hat. Deshalb kann es auch durch die Auslegung um so weniger geschaffen werden, als diese Auslegung den Wortlaut des § 5 gegen sich haben würde.

Die Rechtslage hat sich auch dadurch nicht verändert, daß § 7 der alten Fassung in die neue Fassung der PreußPachtSchO. v. 25. Jan. 1921 (GS. 125) keine Aufnahme gefunden hat. Diese Auslassung findet ihren Grund darin, daß § 7 wegen des Ablaufs der in ihm für den Antrag vorgesehenen Frist seine Bedeutung verloren hatte und für seine Beibehaltung deshalb das Bedürfnis fehlte.

Für die Fälle, in denen das PachtEA. aus § 2 Ziff. 1a angerufen wird, ist sonach festzustellen, daß es genügt, wenn der Antrag während der Pachtzeit beim PachtEA. eingeht, hingegen der Zeitpunkt der Entscheidung für ihre Zulässigkeit bedeutungslos bleibt. Auch für die Anträge aus § 2 Ziff. 1b auf Abänderung der Leistungen muß das gleiche gelten, da die VO. nichts anderes bestimmt und auch kein Grund für eine verschiedene Regelung der Fälle ersichtlich ist. Das LG. weist selbst darauf hin, daß der von ihm aus dem Wortlaut des § 5 entnommene Grund, die Unmöglichkeit der Verlängerung abgelaufener Pachtverhältnisse, bei der Leistungsänderung versagt. Auch sonstige Gründe, die zu einer Auslegung i. S. des LG. zwingen, sind nicht ersichtlich. Gewiß kann es Unzuträglichkeiten zur Folge haben, wenn eine Entsch. des PachtEA. nach dem Ablauf des Pachtverhältnisses auf dieses einwirkt. Das gilt aber gleichermaßen für die Entscheidungen über seine Dauer wie über Inhalt und Umfang der vertraglichen Leistungen, kann also zu einer unterschiedlichen Behandlung der Entscheidungen je nach ihrem Inhalt nicht führen. Dabei ist zu beachten, daß die Eingriffe des PachtEA. gemäß § 2 Abs. 2 nur beim Vorliegen außergewöhnlicher Verhältnisse zugelassen sind und der Beseitigung schwerer Mißstände dienen. Das Interesse an dieser Abhilfe wird kaum je durch die Zeitspanne beseitigt sein, welche zwischen dem nach der Antragstellung eingetretenen Ende des Pachtverhältnisses und der Entscheidung liegt. Führt der Antrag in der Tat zu einem Eingreifen des PachtEA., sind also die Vorbedingungen des § 2 Abs. 2 erfüllt, so fällt auch dem anderen Teile ein Verhalten zur Last, das einen Schutz seiner Interessen gegenüber denjenigen des Antragstellers nicht besonders geboten erscheinen läßt. Schließlich darf nicht außer acht bleiben, daß der Antragsteller wohl für eine rechtzeitige Anrufung der zuständigen Stelle sorgen, auf den Zeitpunkt ihrer Entscheidung jedoch keinen maßgeblichen Einfluß ausüben kann. Deshalb würde die Meinung des LG. die Anwendung der PachtSchO. in bedenklicher Weise vom Umfange und Gange der Geschäfte bei den einzelnen PachtEA. abhängig machen.

Auch der Hinweis des LG., es könne dem Pächter nicht zugemutet werden, sich nach Rückgabe des Grundstücks und des Inventars neuen Ansprüchen des Verpächters ausgesetzt zu sehen, kann zur Auslegung der VO. nicht verwertet werden. Mag auch infolge der damals nicht voraussehbaren oder doch nicht vorausgesehenen Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse die Zahl der von Verpächtern gestellten Anträge diejenige der Pächter zur Zeit übersteigen, so muß bei Auslegung der PachtSchO. doch beachtet werden, daß sie nach ihrer Entstehungsgeschichte auf eine Anregung ausschließlich

---

Folge hätte, daß der andere Teil in eine wirtschaftliche Notlage gerät.

Preußen hat durch seine PachtSchO. v. 3. Juli 1920 (GS. 363), neue Fassung v. 25. Jan. 1921 (GS. 125) von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht und PachtEA. bei den Amtsgerichten eingerichtet, die unter Zuziehung von Besitzern aus dem Kreise der Verpächter und der Pächter entscheiden. Zunächst waren die Entscheidungen endgültig. Durch die VO. über Rechtsbeschwerde und Beisitzerberufung in Pachtschutzsachen v. 23. Juli 1921 (GS. 488) ist jedoch die Rechtsbeschwerde an das LG. zugelassen worden. Sie kann nur auf eine Verletzung des Gesetzes gestützt werden. Zur Erzielung einer Rechtseinheitlichkeit ist auch die Mitwirkung des KG. vorgesehen, das aber nicht in der Sache selbst entscheidet, auch keine besondere dritte Instanz bildet, sondern über ihm vorgelegte Rechtsfragen Rechtsentscheide zu treffen hat. Nach § 34 hat das Beschwerdegericht, wenn es bei der Entscheidung von der ihm bekannten Entscheidung eines anderen LG. oder von einer Entscheidung des KG., die zu derselben Rechtsfrage ergangen ist, abweichen will, die Sache dem KG. unter begründeter Darlegung der eigenen Rechtsansicht zur Vorabentscheidung über die Rechtsfrage (Rechtsentscheid) vorzulegen. Das gleiche kann geschehen, wenn es sich um eine bislang nicht letztinstanzlich entschiedene Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt. Der Rechtsentscheid ist in der Sache verbindlich.

Die Einrichtung des Rechtsentscheides, die ähnlich bereits in der PreußFGVO. v. 19. Nov. 1920 (GS. 464) vorgesehen ist (§ 27 Abs. 4), dürfte sich im Falle ihrer Bewährung bald ein weiteres Anwendungsgebiet erobern. Ihre Ausdehnung auf das Verfahren in Mieterschutzsachen liegt dann nahe, und es ist nicht ausgeschlossen, daß sie im Verlaufe der weiteren Entwicklung das teure Rechtsmittel der Revision in minder wichtigen Sachen ersetzen kann, wenn das Reich unter den Folgen der feindstaatlichen Aussaugung zu weiteren Ersparnissen auch auf Kosten der Rechtspflege gezwungen wird.

Kammergerichtsrat Dr. Günther, Berlin.

zum Schutze der Pächter erlassen worden ist. Die Begründung zum Entwurf der Reichsregierung v. 24. April 1920 läßt keinen Zweifel daran, daß man den Schutz des Pächters in den Vordergrund stellte und mit Anträgen der Verpächter kaum rechnete, wenn man sie auch im Interesse von Gerechtigkeit und Produktion zuließ (Begr. zu § 3). Bei Anträgen des Pächters entfällt aber das wirtschaftliche Bedenken des LG. Deshalb kann es für die Auslegung der VO. nicht verwertet werden. Ist hauptsächlich der Schutz der Pächter das Ziel der Bestimmungen, so spricht dieser Umstand vielmehr für die hier getroffene Entscheidung, denn der Pächter hat auch nach der Rückgabe der Pachtsache das unveränderte Interesse an der von ihm beantragten Änderung des Pachtvertrages.

(KG., Rechtsentscheid v. 13. Febr. 1922, 17 Y 2/22.)

2. Das PEA. kann Bestimmungen nach § 2 Ziff. 1b der pr. PSchO. für ein vor dem Inkrafttreten der pr. PSchO. abgelaufenes Pachtjahr nicht treffen.

Zwischen den Parteien besteht ein am 11. Mai 1916 abgeschlossener Vertrag, durch den Grundstücke zum Zwecke landwirtschaftlicher Nutzung für die Zeit vom 1. April 1916 bis zum 31. März 1934 gegen einen halbjährlich nachträglichen Pachtzins verpachtet sind. Der Pächter hat außerdem jährlich einen bestimmten Betrag für Bauten und Ausbesserungen aufzuwenden. Die Verpächterin hat beantragt, für die Zeit seit dem 1. Okt. 1919 den Pachtzins und den Baubeitrag zu erhöhen. Dem Antrage, der bei ihm am 12. Dez. 1920 eingegangen ist, hat das PachtEA. für die angegebene Zeit entsprochen. Auf die Rechtsbeschwerden der Parteien hat das LG. die Sache zur Vorabentscheidung dem KG. mit folgender Rechtsfrage vorgelegt: Kann das PachtEA. gemäß § 2 Abs. 1 b der preuß. PachtSchO. eine Leistung anderweit festsetzen, die vom Pächter aus einem laufenden Pachtvertrage für ein beim Inkrafttreten der preuß. PachtSchO. v. 3. Juli 1920 abgelaufenes Pachtjahr dem Verpächter geschuldet wird oder geschuldet würde, wenn der Pächter seine vertragliche Leistungspflicht für das bezeichnete Pachtjahr nicht bereits erfüllt hätte.

Das LG. will diese Frage verneinen. Nach ihrem Wortlaute bezögen sich die Bestimmungen in § 2 Abs. 1a Ziff. 2, 3 der preuß. PachtSchO. nur auf Verträge, die bei ihrem Inkrafttreten noch in Geltung seien. Hinsichtlich der Ziff. 1 und des Abs. 1 b etwas anderes anzunehmen, bestehe kein Anlaß. Zudem beziehe sich die reichsrechtlich an die Landesbehörden erteilte Ermächtigung zum Erlaß von Pachtschutzbestimmungen grundsätzlich nicht auf abgelaufene Verträge. Dies zeige § 2 Abs. 2 RPachtSchO., indem dort bezüglich der abgelaufenen Verträge eine beschränkte Ermächtigung besonders ausgesprochen sei. Unbedenklich sei ferner anzunehmen, daß Abänderungen nach § 2 Abs. 1 b der preuß. PachtSchO. auch bei laufendem Vertrage nicht für eine beliebige Vergangenheit zugelassen, sondern auf Leistungen zu beschränken seien, die erst nach dem Inkrafttreten der PachtSchO. zu entrichten seien. Eine Ausnahme bestehe nur, wenn eine Leistung des Pächters zwar vor dem Inkrafttreten zu bewirken gewesen oder bewirkt worden, diese Leistung aber für ein nach dem Inkrafttreten ablaufendes Pachtjahr bestimmt sei. Hier sei entscheidend, daß die Gegenleistung des Verpächters wirtschaftlich ihren wesentlichen Inhalt durch die Überlassung der Ernte an den Pächter erhalte, die Ernte aber hauptsächlich in die Zeit nach dem Inkrafttreten der PachtSchO. gefallen sei. Eine Unterscheidung der Fälle, je nachdem der Pächter im voraus oder nachträglich zu leisten habe, sei wirtschaftlich nicht zu rechtfertigen.

Bei dieser Sachlage sind die Voraussetzungen des Rechtsentscheides nach § 34 der preuß. PachtSchO. in der Fassung v. 23. Juli 1921 gegeben. Die Rechtsfrage war in Übereinstimmung mit dem LG., wie geschehen, zu entscheiden.

Es bedarf keiner Entscheidung, ob nach der RPachtSchO. eine Abänderung der Leistungen für das vor ihrem Inkrafttreten abgelaufene Pachtjahr als zulässig betrachtet oder nicht vielmehr aus der Ermächtigung in § 2 Abs. 2 die Unzulässigkeit gefolgert werden könnte. Selbst wenn das Reichsrecht die erste Regelung enthalten würde, so haben doch die obersten Landesbehörden nach § 2 Abs. 1 die Befugnis, das Anwendungsgebiet des Pachtschutzes einzuschränken. Daß diese Befugnis auch eine zeitliche Begrenzung des Eingreifens der PachtEA. ermöglicht, unterliegt keinem Bedenken. Hiernach ist für die Entscheidung allein die preuß. PachtSchO. als Grundlage zu nehmen. Sie schließt eine Änderung der Leistungen für ein bei ihrem Inkrafttreten, also vor dem 20. Juli 1920, abgelaufenes Pachtjahr aus.

Wie der Senat bereits in einem Rechtsentscheide v. 13. Febr. 1922 — 17 Y 2/22 — ausgesprochen hat, kann das PachtEA. Bestimmungen nach § 2 der preuß. PachtSchO. nur treffen, wenn der darauf gerichtete Antrag vor Ablauf der Pachtzeit eingegangen ist. Hiernach ist auch ein Pachtjahr, das sich über den 20. Juli 1920 hinaus erstreckt, jeder Einwirkung des PachtEA. auf die Leistungen oder seine Dauer jedenfalls dann entzogen, wenn das Pachtverhältnis inzwischen sein Ende gefunden hat. Daraus ergibt sich zunächst, daß die Antwort auf die vorliegende Rechtsfrage nicht aus allgemeinen volkswirtschaftlichen Erwägungen gefunden werden kann. Deshalb geht die Ausführung der Verpächterin fehl, es sei die Anwendbarkeit der Schutzvorschriften bis mindestens in das Frühjahr 1919 gerechtfertigt, weil zwar die PachtSchO. infolge äußerer Schwierigkeiten erst im Jahre 1920 zustande gekommen, aus ihrer Vorgeschichte aber zu ersehen sei, daß die maßgebenden Stellen schon um die Wende 1918/19 die Notwendigkeit eines Eingriffs wegen der wirtschaftlichen Umwälzungen erkannten. Wären diese Erwägungen für die Regelung, welche die zu lösende Frage in der preuß. PachtSchO. gefunden hat, in der Tat ausschlaggebend gewesen, so bliebe es unverständlich, warum ein vor Stellung des Antrages abgelaufener Pachtvertrag durch den klaren Inhalt der Bestimmungen der nachträglichen Abänderung entzogen ist, obwohl er durch die Verschiebung der Wirtschaftslage betroffen war oder doch berührt sein kann. Auch ein weiterer Umstand zeigt deutlich, daß für die Abgrenzung der Wirkung, welche sich die preuß. PachtSchO. beilegt, andere Gesichtspunkte in Betracht gekommen sein müssen. § 2 Abs. 2 RPachtSchO. ermächtigt die Landesbehörden, den Pachtschutz auf solche Verträge auszudehnen, die seit dem 1. Jan. 1920 abgelaufen sind. Da diese Ermächtigung ohne Einschränkung erteilt ist, konnten die Länder für solche abgelaufenen Verträge sowohl die Verlängerung, richtiger die Wiederherstellung, als auch die nachträgliche Änderung der Leistungen anordnen (ebenso **Beitzen**, Komm. Anm. 6 zu § 2 S. 56). Während dies in der Braunschweigischen Bek. des Staatsministeriums zur Ausführung der PachtSchO. v. 22. Juli 1920 (G.- u. VO.-Samml. 369), Art. VI, geschehen ist, hat sich Preußen in § 7 PachtSchO. v. 3. Juli 1920 darauf beschränkt, die Wiederherstellung der seit dem 1. Jan. 1920 abgelaufenen Vertragsverhältnisse unter gewissen Umständen zuzulassen. Eine nachträgliche Änderung der Leistungen ist bei solchen Verträgen dagegen nicht gestattet (**Ponfick-Wenzel**, Anm. 1 zu § 7 S. 65). Diese Regelung wäre nicht verständlich, wenn die preuß. PachtSchO. in ihrer Fassung allein oder doch vorwiegend durch die Anerkennung der wirtschaftlichen Umwälzung, deren Beginn längere Zeit zurückliegt, bedingt sein sollte. Die Frage, welche Pachtverhältnisse der Änderung noch zugänglich sind, muß also ihre Beantwortung anderen Erwägungen verdanken.

Die Tatsache, daß vor dem Inkrafttreten abgelaufene Verträge wiederhergestellt, nicht aber für die Vergangenheit in ihrem Inhalt verändert werden dürfen, sowie der Umstand, daß auch späterhin eine Änderung des bei ihrem Inkrafttreten noch nicht beendeten Pachtverhältnisses zu unterbleiben hat, falls der Antrag erst nach seiner Beendigung gestellt wird, zeigt die Schranke, welche die PachtSchO. sich für die Änderung der Leistungen gesetzt hat. Sie will diese Änderung nur bei noch laufenden Pachtverträgen eintreten lassen und begibt sich des Eingreifens in Schuldverhältnisse, die durch Zeitablauf ihre Erledigung gefunden haben. Sind Leistung und Gegenleistung der Vertragsparteien bewirkt, so ist das Schuldverhältnis seiner Natur entsprechend erloschen und die PachtSchO. erkennt einen Anlaß zu einer nachträglichen Inhaltsänderung nicht mehr an. Dabei macht die VO. keinen Unterschied, ob die Verpflichtungen wirklich erfüllt oder noch Leistungen rückständig sind, achtet vielmehr allein auf das zeitliche Ende des Pachtverhältnisses, weil dieses in der Regel den letzten Termin der tatsächlichen Erfüllungshandlungen darstellt.

Allerdings folgt aus der Unzulässigkeit von Leistungsänderungen nach abgelaufener Pachtzeit noch nicht unmittelbar, daß die Befugnisse der PachtEA. auch bei laufenden Verträgen sich nicht auf verflossene Pachtjahre beziehen. Indessen muß diese Regelung beim Fehlen ausdrücklicher Bestimmungen aus der Stellung der PachtSchO. zu den abgelaufenen Verträgen entnommen werden. Die PachtSchO. ist ein durch die wirtschaftliche Notlage bedingtes Gesetz. Um den unheilvollsten Wirkungen des wirtschaftlichen Zusammenbruchs in bezug auf die Landwirtschaft als einen der wichtigsten Teile der Volkswirtschaft möglichst entgegenzutreten, mußte man Sondergesetze schaffen. Es wurde erforderlich, in die Vertragsfreiheit und die bindende Kraft bestehender Verträge einzugreifen. Damit wurden Ausnahmen von Grundsätzen geschaffen, die im deutschen Recht bisher unbedingt anerkannt waren. Mit Zulassung solcher Ausnahmen soll nicht weiter gegangen werden, wie es zur Vermeidung der schwersten Härten nötig ist. Dies zeigen die in § 1 RPachtSchO. und übereinstimmend in § 2 preuß. PachtSchO. aufgestellten Erfordernisse für die Abänderung der Leistungen deutlich. Wenn aber die preußischen Bestimmungen eine Abänderung bei abgelaufenen Pachtverträgen nicht mehr zulassen, offenbar also nicht für so notwendig halten, daß deshalb Ausnahmen vom geltenden Recht gemacht werden dürften, so kann ein solches Bedürfnis auch für abgelaufene Pachtjahre trotz weiterer Dauer des Vertrages nicht anerkannt werden.

Das Pachtjahr ist zwar nur ein Abschnitt des auf gewisse Zeit durch den Pachtvertrag begründeten Schuldverhältnisses, aber unter der gerade für die Pachtschutzvorschriften gebotenen Beachtung der wirtschaftlichen Gesichtspunkte sind die einzelnen Pachtjahre scharf getrennte Teile und untereinander von völlig selbständiger Bedeutung. Innerhalb jedes Pachtjahres vollendet sich die Fruchtziehung, deren Erlangung und Gestattung den Inhalt und Zweck des Vertrages darstellt. Die regelmäßigen und für das Vertragsverhältnis wesentlichen Leistungen beider Teile werden fast stets nach dem Pachtjahr bemessen; die im Vordergrund stehende Leistung des Verpächters ist ihrer Natur nach vom Pachtjahre untrennbar und wiederholt sich mit den einzelnen Jahren. Unregelmäßig wiederkehrende Leistungen, z. B. Ausbesserungen oder Neubauten, die der eine oder andere Teil zu bewirken hat, fallen aus diesem Rahmen allerdings heraus, sie tragen

aber auch das Wesen von Nebenverpflichtungen an sich und vermögen schon deshalb die Bedeutung der einzelnen Pachtjahre als ebenso viele selbständige Abschnitte nicht zu verwischen. Daß das Pachtjahr für die Rechtsbeziehungen der Beteiligten die gebotene Zusammenfassung ist, erweist auch § 595 BGB., indem die Kündigung gesetzlich nur zum Schlusse eines Pachtjahres zugelassen wird. Für Rechtssätze, die vornehmlich, wenn nicht ausschließlich den Bedürfnissen der Wirtschaft zu dienen bestimmt sind, darf keinesfalls außer acht gelassen werden, daß das Pachtjahr dem Pächter jeweils die volle Nutzungsmöglichkeit verschafft, die Mittel zur Begleichung des Pachtzinses geben soll und deshalb von beiden Teilen ihren Berechnungen zugrunde gelegt zu werden pflegt. Ist das Pachtjahr verstrichen, so ist ein zeitlicher Abschnitt des Schuldverhältnisses erledigt. Nach seinem Ablauf noch in ihn einzugreifen und die für ihn geltende Leistungspflicht nachträglich abzuändern, kann nicht ohne weiteres als ein wirtschaftliches Bedürfnis anerkannt werden. Im Gegenteil, die Beteiligten haben ihre Leistungen im bisherigen Umfang ausgeglichen oder zum mindesten für die Leistungen in diesem Umfange Vorkehrungen getroffen. Bei der Unterbringung und Verwertung der Ernte hat der Pächter seine Maßnahmen auf der Grundlage des bisherigen Vertragsinhalts getroffen. Eine spätere Änderung der Leistungsverpflichtungen würde oft geeignet sein, in die ordnungsmäßige Wirtschaft beider Vertragsteile Verwirrung zu tragen. Ein Eingreifen in ein abgeschlossenes Pachtverhältnis hat die preuß. PachtSchO., wie dargelegt worden ist, durch ihre Anordnung über die Bedeutung der Antragszeit ausgeschlossen. Da sie dabei offenbar durch Erwägungen bestimmt worden ist, die auch für das vor Eingang des Antrages abgelaufene Pachtjahr zutreffen, so ist mangels einer besonderen Bestimmung die Änderung der Leistungen auch für solche Pachtjahre auszuschließen, die vor Stellung des Antrages zu Ende gegangen sind. Dabei macht es auch hier keinen Unterschied, ob die nicht in der Überlassung des Gebrauchs und der Fruchtziehung bestehenden Leistungen bereits bewirkt sind oder aus irgendeinem Grunde noch ausstehen. In Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung des wirtschaftlichen Bedürfnisses läßt auch die Lippesche PachtSchO. v. 30. Aug. 1920 (Lippescher Staatsanz. Nr. 83 v. 1. Sept. 1920 S. 567) § 6 Abs. 4 Änderungen erst mit dem Beginne des Pachtjahres in Kraft treten, in dessen Lauf der Antrag gestellt worden ist. Im Schrifttum wird die Ansicht geteilt von Wagemann (Nachtrag, Anm. 8b zu § 34 S. 71), während Ponfick-Wenzel (Anm. 1 zu § 7 S. 65) Änderungen für eine vor dem Antrag liegende Zeit überhaupt nicht für zulässig halten.

Aus den angegebenen Gründen ist eine Änderung der Leistungen für ein vor dem Inkrafttreten der preuß. PachtSchO. abgelaufenes Pachtjahr keinesfalls zulässig (ebenso auch Beitzen, Komm., Anm. 7 zu § 2 S. 56, und in der Verpächter- und Grundeigentümerzeitung, Jg. 1920 Nr. 4).

(KG., 17. ZS., Rechtsentsch. v. 23. März 1922, 17 Y 3/22.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Günther, Charlottenburg.

Mieteinigungsamt Breslau.
(Schiedsstelle für Sammelheizungsstreitigkeiten.)

1. Die Schiedsstelle kann eine Erhöhung des Preises der Zentralheizung auch für eine zurückliegende Zeit anordnen.†)

Die Meinung, daß nach § 3 der VO. v. 22. Juni 1919 nur eine Erhöhung für die Zeit seit Anrufung der Schiedsstelle zulässig sei, ist abwegig. Wenn § 3 von der weiteren Dauer des Mietsverhältnisses spricht, so meint er damit die weitere Dauer über den in diesem § 3 kurz vorher erwähnten Zeitpunkt des übermäßigen Anwachsens der Heizungskosten. — Die gegenteilige Auslegung entspricht nicht den Zwecken der Vorschrift. Sie würde dazu führen, daß die Parteien sich regelmäßig untereinander nicht einigen würden, da der Mieter von der Hinauszögerung der Angelegenheit einen Vorteil hätte; sie würde also weiter dazu führen, daß in jedem einzelnen Falle der Vermieter sofort die Entscheidung der Schiedsstelle anrufen müßte, was im höchsten Grade unzweckmäßig wäre. Im Gegenteil muß es nicht nur aus Gründen der Entlastung der Behörden, sondern auch aus Gründen des allgemeinen Friedens angestrebt werden, daß sich die Parteien möglichst selbst einigen, und es muß insbesondere die Tendenz der Tätigkeit der Schiedsstelle sein, daß auf Grund des Bekanntwerdens ihrer eigenen Grundsätze im Publikum ihre Anrufung entbehrlich wird.

Auch § 6 nötigt keineswegs zur entgegengesetzten Auffassung. Das dort dem Mieter eingeräumte Kündigungsrecht ist zunächst auf absehbare Zeit angesichts der Wohnungsnot völlig illusorisch. Soweit es theoretisch besteht, wird es auch bei der obigen Auslegung dem Mieter nicht genommen. Daß er aber durch § 6 die Möglichkeit erhalten sollte, durch seine Kündigung die ausgesprochene Erhöhung zu umgehen, ist schon deshalb ausgeschlossen, weil alsdann auch nicht einmal der Zeitpunkt der Anrufung der Schiedsstelle durch den Vermieter den Anfangspunkt für die Erhöhung bilden dürfte und weil ferner der § 6 den Mieter doch zum mindesten noch eine Zeitlang nach der Entscheidung an das Mietsverhältnis bindet. Überdies wird jedes Bedenken aus § 6 dadurch beseitigt, daß die Entscheidungen der Schiedsstelle gemäß § 7 nach billigem Ermessen zu treffen sind, geeignetenfalls also den Umstand, daß vielleicht sonst der Mieter gekündigt hätte, Rechnung getragen werden kann — wie ja überhaupt gemäß § 7 in jedem Einzelfalle zu erwägen ist, ob die für die Vergangenheit zulässige Erhöhung auch tatsächlich nach billigem Ermessen erfolgen soll.

Dementsprechend hat die Schiedsstelle in vielen Hunderten von Fällen den Grundsatz festgehalten, daß ihre Entscheidung auch die Zeit vor ihrer Anrufung ergreifen kann. Diese ständige und in Breslau völlig eingebürgerte Praxis ist maßgebend für das Verhalten der Parteien, insbesondere des Hausbesitzerstandes, und hat zur Folge, daß seit Jahr und Tag die Parteien in zunehmendem Maße sich auf Grund der bekannt gewordenen Grundsätze der Schiedsstelle im Einzelfalle selbst ausgleichen.

Über die vorstehende Frage zu entscheiden, ist die Schiedsstelle berufen. Auch wenn die Frage materiell anders zu entscheiden wäre, so wäre der Antrag auf Erhöhung gemäß § 3 der VO. v. 22. Juni 1919 nur bei ihr anzubringen. Sie selbst hat dann zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des § 3 im Einzelfalle vorliegen und hätte, wenn die oben behandelte Frage materiell anders zu entscheiden wäre, den Antrag abzuweisen. An ihrer Zuständigkeit aber würde durch diese ablehnende Stellungnahme zu der oben behandelten Frage nichts geändert. Dagegen kann das ordentliche Gericht über die Frage, ob eine Erhöhung einzutreten habe oder nicht, nicht entscheiden, da es sich dabei nicht um die Anwendung bestehenden, sondern um die Änderung eines vorhandenen Rechtszustandes handelt.

(Entsch. v. 14. Dez. 1921.)

Mitgeteilt von JR. Dr. Kurt Steinitz, Breslau.

Zu 1. Ob die Schiedsstelle nach § 3 SHV. den Heizungszuschuß auch für die Zeit vor der Entsch. festsetzen kann, ist streitig. Unger (Mieterschutz, 2. Aufl., S. 179) und Haeger (DJZ. 1920, 649) wollen die Bewilligung erst vom Tage der Entsch. ab zulassen, Stern (Mieterschutz, 5. Aufl., S. 179) meint, daß Anfangstermin der Tag der Antragstellung sein darf. Lövinson-Prinz (Kohlenpreis u. Mietvertrag nach der VO. v. 22. Juni 1919, S. 9) lassen Festsetzung von Nachzahlungen für die Zeit nach dem 25. Juni 1919 zu. Nußbaum-Prinz (HMVO. S. 49/50) billigen die Praxis der Groß-Berliner MEA., den Zuschuß nach der in Groß-Berlin aufgestellten Formel für die Zeit v. 1. Juli 1919 bis 31. März 1920 zu berechnen, ebenso Holz (Das neue Mietrecht S. 90) und Brumby (Mieterschutz und Höchstmieten, 6. Aufl., S. 301).

Nur die letztere Auffassung entspricht der Billigkeit und Zweckmäßigkeit, wie die Heizungsschiedsstelle Breslau zutreffend ausführt. Sie ist auch mit dem Gesetz vereinbar. Die Worte „für die weitere Dauer des Vertragsverhältnisses“ sollen nur bedeuten, daß nicht für die Zeit der Vertragsdauer vor Inkrafttreten der neuen VO. v. 22. Juni 1919 (die nur eine Ergänzung der VO. v. 2. Nov. 1917 ist) ein Zuschuß bewilligt werden kann. Auch § 6 SHV. steht nicht entgegen, denn wenn der Mieter von dem Recht der Kündigung zum erstzulässigen Termin nach der Entsch. Gebrauch macht (was bei der Wohnungsnot praktisch wohl niemals vorgekommen ist), so braucht er den für die Vergangenheit festgesetzten Zuschuß nicht zu bezahlen. Ebensowenig hindert § 13 Abs. 2 die vorstehende Auslegung, denn die Preisherabsetzung nach § 2 konnte mit rückwirkender Kraft v. 1. Okt. 1917 ab getroffen werden, die Preisheraufsetzung nach § 3 dagegen erst vom Tage des Inkrafttretens der neuen VO., also v. 25. Juni 1919, ab.

Die gegenteilige Auffassung könnte dazu führen, daß in tausenden von Fällen die Mieter auf Grund der Entsch. schon bezahlte Zuschüsse zurückfordern und damit neue Unruhe und Streitigkeiten in die Kreise der Hausbesitzer und Mieter getragen werden.

RA. Dr. Julius Nußbaum, Berlin.

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Dr. Julius Magnus, Berlin NW 7, Dorotheenstraße 41.
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.